МОСКОВСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ УНИВЕРСИТЕТ
имени М.В. ЛОМОНОСОВА
ЮРИДИЧЕСКИЙ ФАКУЛЬТЕТ

На правах рукописи

Третьяков Сергей Васильевич

РАЗВИТИЕ УЧЕНИЯ О СУБЪЕКТИВНОМ ЧАСТНОМ ПРАВЕ В ЗАРУБЕЖНОЙ ЦИВИЛИСТИКЕ

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

Диссертация
на соискание ученой степени доктора юридических наук

Научный консультант:
доктор юридических наук,
профессор Е.А. Суханов

Москва – 2022

Содержание

Введение…….…….…....4

Глава 1. Возникновение понятия субъективного частного права в европейскомчастном праве…….…….....16

1.1. Субъективное право и принцип диспозитивности в римском частном праве и ихдогматическое значение…….....16

1.2. Концепции субъективного частного права в европейской науке частного права (VI–XVIII вв.) и альтернативные модели субъективного частного права……..…….……43

1.3. Субъективное право как «конечная абстракция цивилистики» (классическая волеваятеория субъективного частного права)…….…..….74

1.4. Субъективное частное право и «юриспруденция понятий»……113

Глава 2. Альтернативные модели субъективного частного права…….…..…144

2.1. Субъективное частное право как интерес……..……..144

2.2. Субъективное частное право и «юриспруденция интересов»……....180

2.3. Современные версии теории интереса……..…....199

2.4. Теория субъективного права У. Хофельда…….…216

2.5. Критика понятия субъективного частного права как критика принципа автономии воли…….238

Глава 3. Современные версии волевой теории…….…..274

3.1. Субъективное частное право и право на защиту как распоряжение (А. Тон)…….....274

3.2. Делегированная компетенция, государственное принуждение и распоряжение субъективным правом (Г. Кельзен)…….….296

3.3. Осуществление и распоряжение субъективным правом (О. Бухер)……..317

3.4. Осуществление субъективного права как распоряжение и принцип автономии воли (Г. Харт)…….….342

3.5. Субъективное частное право как распорядительная власть…….369

Глава 4. Спорные проблемы распорядительной теории Субъективного частного права…….…..382

4.1. Субъективное частное право как право на чужое поведение и принцип правонаделения…….…...382

4.2. Распоряжение правом на чужое поведение…….....401

4.3. Право на чужое поведение и право на защиту…….....419

4.4. Права на собственное поведение и дозволения в частном праве……..……...447

4.5. Притязание, дозволение и распорядительная власть…….……467

Заключение…….…….……477

Библиографический список……..…….481

Введение

Актуальность диссертационного исследования. Систематика континентально-европейского частного права построена вокруг понятия и разновидностей субъективных прав, поскольку основу классификации частноправовых отношений составляют различные типы юридических возможностей, принадлежащих субъектам частного права. Следовательно, фундамент классификации частноправовых систем, следующих пандектной системе, составляет категория субъективного права. Сама субъективно-правовая стилистика этого типа систематики также уникальна: частноправовые феномены классифицируются по типам и видам правовой власти субъектов частного права. Первичной является юридическая возможность определённого поведения, принадлежащая субъекту. Такие юридические возможности различаются по содержанию в зависимости от типа и особенностей объекта, на который они направлены. Другими словами, основу самой классификации составляют различные типы субъективных правовых возможностей, то есть объективно-правовые институты и категории определяются в зависимости от различного содержания субъективных правовых возможностей (типа господства субъекта над объектом или типов юридической власти), которые составляют основу систематики частноправовых институтов.

Всё это резко контрастирует как с систематикой публичного права, так и с традиционными и господствующими представлениями о том, что должно являться основой систематики правовых феноменов. Часто говорят о важности в этой связи экономической основы правовых явлений или необходимости ориентироваться на социальную функцию и роль соответствующих правовых категорий. В рассматриваемом же случае речь идёт о сугубо юридической систематике, которая имманентна частному праву. Возникает вопрос, носит ли подобная систематика случайный или закономерный характер? Ответ на него требует обращения к изучению основы рассматриваемой классификации - понятию субъективного частного права, что и предопределяет основную направленность настоящего исследования. При этом в отечественной цивилистической традиции исследования рассматриваемого вопроса отсутствуют.

С понятием субъективного права в частном праве связана и проблема его совместимости с современными национальными правопорядками. Категория субъективного права сформировалась раньше возникновения современных контролируемых национальными государствами правопорядков. В условиях государственной монополии на легитимное принуждение и господства воли государства, выраженной в объективном праве, издаваемом по воле этого же государства, можно ли говорить о господстве воли частных лиц, пусть и в ограниченных масштабах? Нет ли здесь логического противоречия?

Не менее интересен и вопрос о степени универсальности категории субъективного права в

частном праве. Можно ли сказать, что категория субъективного права присуща любым частноправовых системам или же речь идёт исключительно о конкретно-историческом феномене, свойственном определённым юридическим культурам? Обратной стороной этой проблемы является вопрос о том, возможно ли существование частноправовых систем, вообще не использующих категорию субъективного права? Ответ на эти вопросы требует изучения генезиса категории субъективного частного права, выявлению соответствующего социокультурного контекста.

В рамках европейского континентального частного права можно выявить различную степень выражения категории субъективного права: так, национальные правопорядки, ориентированные на институционную систему, придают категории субъективного права меньшее значение, чем правопорядка, придерживающиеся пандектной системы. Это предопределено сутью институционной системы, которая выстраивается не вокруг понятия правовой возможности (правовой власти или господства), а вокруг понятия объекта, вернее, различных типов объектов правовых возможностей и господства. Европейскому частному праву известны и случаи, когда отсутствие законодательного закрепления пандектной системы и ориентация на институционный порядок не препятствовали доктрине и судебной практике переориентировать понимание частноправовой систематики в духе пандектной системы (например, в Австрии).

В какой мере необходим ориентир именно на пандектистское понимание категории субъективного права как «последней абстракции частного права»?[1] Можно ли представить более «слабые» версии понимания субъективного права в частном праве без того, чтобы выхолостить значение этой категории? И в целом - исчерпывается ли значение этой категории исключительно систематикой, способом презентации частноправовых категорий и феноменов или существуют и иные важные функции и задачи, которую рассматриваемая категория призвана выполнять?

Задача настоящего исследования состоит в том, чтобы начать анализ соответствующих проблем и обосновать пути и подходы к их решению. Исторические сложившееся отсутствие их глубокой доктринальной проработки в отечественной цивилистике (в значительной мере обусловленное длительным идеологическим отрицанием самого частного права) вынуждает обратиться к анализу существующих в европейском контексте теорий субъективного права, включая рассмотрение генезиса категории субъективного права в европейской цивилистике и различные конкурирующие теоретические модели субъективного права. Такой подход позволяет выявить структурные особенности и функции категории субъективного права в

[1] von Tuhr A. Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts. Bd. 1: Allgemeine Lehren und Personenrecht. Leipzig, Duncker & Humblot, 1910. S. 53.

европейской цивилистической традиции.

Степень разработанности темы диссертационного исследования.

Поставленные проблемы, связанные с общим понятием категории субъективного частного права, его различным теоретическим моделям, относится к числу весьма хорошо разработанных в зарубежной цивилистической мысли. Как предмет теоретической дискуссии проблема была поставлена и активно разрабатывалась в германоязычной цивилистике в течение всего 19 столетия, после чего наметился определённый спад интереса цивилистов. Однако, начиная с последней трети 20 столетия проблема вновь приобрела актуальность. Во франкоязычной цивилистической традиции проблема стала предметом теоретической рефлексии, главным образом, в 20 столетии. Наиболее важными в этом отношении следует признать труды Ж. Добэна и П. Рубье. Для англо-американской доктрины права рассматриваемая проблема долгое время оставалась второстепенной. Исключение составляют в этом отношении исследования американского правоведа У. Хофельда. Однако это начинает меняться с 1960 - х годов с появлением работ Г.Л.А. Харта, которое стимулировало резкий рост интереса к проблемам теории субъективного частного права и качества соответствующих исследований.

Общее понятие субъективного права не получило детальной разработки в русскоязычной цивилистической доктрине. В дореволюционный период соответствующее учение только начало развиваться. Наиболее глубокие исследования в этом направлении предприняли Ю.С. Гамбаров, Д.Д. Гримм, Л.И. Петражицкий, В.М. Хвостов и Г.Ф. Шершеневич. При этом если Ю. С. Гамбаров, В. М. Хвостов и Г. Ф. Шершеневич основывались, главным образом, на достижениях германоязычной цивилистической теории, то Д.Д. Гримм и Л.И. Петражицкий предложили оригинальные теорические разработки, относящиеся к проблеме субъективного частного права, которые учитывали зарубежную доктрину, но одновременно выдвигали некоторые новые положения. В целом же разработка общего понимания категории субъективного права и его места в системе частного права и цивилистической теории носило ещё фрагментарный характер.

В цивилистической литературе советского периода тема была включена в общее учение о правоотношении и рассматривалась в основном в его рамках, что, по мнению диссертанта, не соответствовало его действительному значению в цивилистической доктрине и затормозило его развитие. Наибольший вклад в советский период в учение о субъективном праве был внесён М.М. Агарковым, С.Н. Братусем, В.С. Емом, В.П. Грибановым, О.С. Иоффе, Ю.К. Толстым, Е.А. Флейшиц, Р.О. Халфиной. Вместе с тем в целом применительно к цивилистике советского периода, как полагает диссертант, можно сделать вывод, что интерес к проблеме субъективного права был искусственно ограничен, что вытекало из крайне сдержанного отношения

господствовавшей в тот период идеологии к самой концепции частного автономии как краеугольного камня концепции субъективного права. Вследствие этого, например, позднейшие учения о субъективном праве, характерные для европейской континентальной цивилистики и соответствующие разработки англо-американской доктрине, особенно относящиеся к 20 веку, оказались в советский и ранний постсоветский периоды практически невостребованными. Между тем именно в этот период теория субъективного права претерпела существенные изменения.

Именно эта диспропорция между степенью разработанности проблемы субъективного частного права в зарубежной и отечественной цивилистике и делает актуальным изучение развития учения о субъективном праве в зарубежной доктрине частного права.

Объект диссертационного исследования составляют механизмы правонаделения в частном праве, отражающие особенности социальной координации между формально равными субъектами, обладающими автономией воли и имущественной обособленностью, а также то, каким образом эти особенности получает своё выражение в систематике частного права.

Предмет диссертационного исследования образуют, главным образом, альтернативные теоретические концепции субъективного частного права, их генезис, функции и роль, которую они играют в понимании особенностей правонаделения в частном праве.

Теоретическую основу диссертационного исследования составляют идеи и подходы, содержащиеся в трудах таких специалистов по частному праву и общей теории права, как J. Aicher, E. Bucher, J. Dabin, K.-H. Fezer, D. Frydrych, J. Gordley, H. L.A. Hart, W. Hohfeld, R. von Jhering, G. Kelsen, M. Kramer, P. Roubier, W. Portmann, G. F. Puchta, J. Raz, F. C. von Savigny, N. Simmonds, A. Thon, A. von Tuhr, M. Villey, B. Windscheid и др.

Отдельные аспекты проблемы общего понимания категории субъективного права получили отражение в трудах отечественных цивилистов и специалистов по общей теории права, в частности: М.М. Агаркова, Н.Г. Александрова, С.Н. Братуся, В.С. Ема, Ю.С. Гамбарова, В.П. Грибанова, Д.Д.Гримма, О.С. Иоффе, С.Ф. Кечекьяна, Я.М. Магазинера, Л.И. Петражицкого, В.К. Райхера, Ю.К. Толстого, Е.А. Флейшиц, Р.О. Халфиной, В.М. Хвостова, Г.Ф. Шершеневича.

Методологическую основу диссертационного исследования составляют общенаучные методы познания: анализа, синтеза, индукции, дедукции, научной абстракции, классификации, аналогии; формально-логический метод.

Формально-логический метод и его различные версии, в первую очередь, так называемый метод концептуального анализа[1], составляет методологическую основу исследования. Это

[1] Jackson F. From Metaphysics to Ethics: A Defense of Conceptual Analysis. Oxford: Oxford University Press. 1988; McGinn C. Truth by Analysis: Games, Names in Philosophy. Oxford: Oxford University Press. 2011.

обусловлено тем, что основная проблема диссертационного исследования сводится к поиску критерия или критериев субъективно-правового характера юридических возможностей в частном праве. Соответственно, с формально-логической точки зрения вопрос сводится к поиску и определению *необходимых и существенных признаков* понятия субъективного частного права.

Проблема применения метода формально-логического (концептуального) анализа применительно к проблематике субъективного частного права состоит в том, что до сих пор никому ещё не удалось сформулировать общепризнанные, непротиворечивые и эмпирически адекватные критерии (признаки) понятия субъективного частного права. Предлагаемые теоретические модели категории субъективного частного права либо игнорируют некоторые ситуации, в которых традиционно принято говорить о наличии субъективного частного права, либо, напротив, предлагают столь широкое понимание критериев, что в логический объём понятия субъективного частного права оказывается возможным включать феномены, которые цивилистическая традиция никогда туда не относила. Нередко предлагаемые теоретические модели субъективного частного права страдают обоими названными недостатками одновременно, игнорируя некоторые признаваемые цивилистической традицией типы и виды субъективных частных права и придавая субъективно-правовой характер поведенческим возможностям, которые никогда в качестве субъективных прав не рассматривались.

Для отделения существенных и необходимых признаков понятия субъективного частного права от несущественных и не являющихся необходимыми недостаточно использования исключительно формально-логических методов исследования. Поэтому в работе широко применяется исторический метод анализа. Историческая реконструкция генезиса категории субъективного права в европейском частном праве позволяет понять логику формирования самой концепции субъективного права и в конечном счёте отделить существенное и необходимое в этой категории от исторически случайного и вторичного.

Вместе с тем, настоящая работа не сводится к историко-правовому исследованию, которое лишь позволяет проще идентифицировать важные особенности категории субъективного частного права и уяснить их реальное эмпирическое значение. Исторический метод в рамках настоящего диссертационного исследования, во-первых, дополняет логический и юридико-догматический анализ, а, во-вторых, служит способом репрезентации альтернативных теоретических моделей субъективного частного права.

В работе используется также метод функционального анализа и учитываются функции и социальная роль категории субъективного права. Вместе с тем, автор в целом скептически оценивает эвристический потенциал функционализма применительно к теме диссертационного исследования, поскольку он не позволяет вывести из функций непосредственно правовые

формы, которые эти функции обслуживают[1]. Иначе говоря, одна и та же правовая форма может выполнять несколько различных социальных функций, а разные правовые формы могут выполнять одну и ту же социальную функцию. В результате функционализм не даёт необходимой точности анализа, игнорируя специфику правовых форм.

В работе широко использован сравнительно-правовой метод. При этом сравнивались не нормы права, относящиеся к различным национальным и анациональным частноправовым системам и комплексам, а частноправовые институты и конструкции юридической догматики частного права. Важное значение при этом придавалась выявлению их социокультурных оснований[2].

Цель диссертационного исследования заключается в разработке научно обоснованной, непротиворечивой и эффективной теоретической модели категории субъективного права в европейском частном праве, базирующейся на сравнительном критическом анализе конкурирующих пониманий субъективного права, которые сложились в результате длительной исторической эволюции.

Задачами диссертационного исследования являются:

- определение существенных признаков понятия субъективного частного права;
- определение круга феноменов в частном праве, которые могут быть квалифицированы в качестве субъективных прав;
- сравнительный критический анализ альтернативных теоретических моделей субъективного права, существующих в рамках европейской традиции частного права, определение их структурных и генетических особенностей;
- реконструкция логики формирования и основных этапов эволюции категории субъективного права в европейском частном праве;
- выявление и обоснование значения, роли и функций категории интереса в теории субъективного права
- определение основных теоретических параметров понятия воли субъекта как важнейшей характеристики категории субъективного права;
- определение соотношения понятий «господство воли», «господство над объектом», «контроль», «распоряжаемость»;
- установление значения признака распоряжаемости правом для теории субъективного права;

[1] Green L. The Concept of Law Revised, 94 MICH. L. REV. 1687 (1996).
[2] Hussa J. A New Introduction to Comparative Law. Hart Publishing. Oxford and Portland: Oregon. 2015.

- оценка основных критических аргументов, выдвигавшихся в теоретической литературе против категории субъективного частного права;

- установление соотношения категории субъективного права и понятия диспозитивности в частном праве.

Эмпирической основой диссертационного исследования выступают современные частноправовые системы развитых зарубежных правопорядков. В качестве элементов последних изучаются сами частно-правовые предписания, их правоприменительная интерпретация (судебная практика) и теоретическая обработка (цивилистическая доктрина), которые формируют понимание и применение категории субъективного частного права и определяют её место в современном частном праве.

Научная новизна диссертационного исследования состоит в том, что оно является первым в отечественной цивилистической науке всесторонним исследованием теоретических моделей субъективного права в европейском частном праве, их генезиса и структурных особенностей. В ней впервые произведён полноценный анализ всех основных теорий субъективного частного права, продемонстрирована логика их формирования, эволюции и актуальное значение в рамках различных развитых частноправовых порядков.

Впервые проанализирована волевая теория субъективного частного права, выделены и подвергнуты теоретическому описание её основные разновидности; произведён критический анализ различных версий теории интереса и обосновано скептическое отношение к эвристическим возможностям категории интереса в частном праве; подробному критическому анализу подвергнуты основные аргументы, отрицающие существование категории субъективного права (вообще или только в частном праве); подробному концептуальному анализу подвергнуты такие фундаментальные понятия теории субъективного частного права, как «господство воли», «контроль над обьектом права», «распоряжение правом».

В научный оборот российской цивилистической доктрины введены многочисленные исследования на английском, немецком, французском, испанском и итальянском языках, большинство из которых ранее в русскоязычной частноправовой доктрине не только не обсуждались, но часто даже не упоминались.

В результате исследования были сформированы следующие **положения, выносимые на защиту:**

1. Выявлена возможность существования основанных на принципе автономии воли частноправовых систем, которые при этом не опираются на категорию субъективного права (римское частное право и англо-американское право).

Установлено соотношение принципа диспозитивности и категории субъективного частного

права, которое состоит в том, что субъективное право производно от принципа диспозитивности и не может существовать вне его рамок, тогда как принцип диспозитивности сам по себе не связан с категорией субъективного права.

2. Обосновано, что такое проявление автономии воли в частном праве, как гражданская правоспособность, не может рассматриваться в качестве субъективного права, поскольку она не приобретается субъектами частного права по собственному усмотрению, а является следствием их наделения этим юридическим качеством со стороны правопорядка. Гражданская правоспособность также не является и «распоряжаемым активом».

3. Доказано, что понятие «распоряжаемость прав» уже в период своего формирования в средние века и в раннее Новое время предполагало как максимально широкое содержание (вплоть до включения в него понятия гражданской правоспособности), так и более узкие трактовки, в рамках которых она не считалась существенным признаком субъективного права. При этом обе указанные традиции интерпретации данной категории сохранили свою актуальность до настоящего времени.

4. Установлено, что основой теоретической модели субъективного права Ф.-К. ф. Савиньи стал синтез идущего от Саламанкской школы представления о субъективном праве как атрибуте (способности) субъекта, или как о правовой власти управомоченного лица, с одной стороны, и разработанной секулярной теорией естественного права и юридической наукой эпохи Просвещения идеи о праве как об отношении, с другой стороны.

Ф.-К. ф. Савиньи ориентировался на кантианскую версию понятия автономии субъекта, характерные черты которого заключаются в том, что, во-первых, автономия частного субъекта, свобода выбора, которой он обладает, помещались в интерсубъектный контекст; иными словами, субъект был свободен выбирать до того предела, пока его свобода выбора не ограничивала свободу выбора других субъектов. Во-вторых, существо автономии воли определялось негативно: оно состояло в том, в чем субъекту нельзя препятствовать, но не в том, чего субъект желает. Иначе говоря, важно то, чего другим лицам нельзя делать в отношении управомоченного, а не то, что он сам может выбрать с содержательной точки зрения. Такой подход превращал субъективное право из атрибута субъекта в *отношение* между субъектами.

5. Обосновано, что введенное Ф.-К. ф. Савиньи в научный оборот понятие правоотношения, рассматриваемого в духе «организма», единства фактического и юридического, т.е. широко распространенных практик в сфере гражданского оборота и моделей их правового оформления, взаимно определяющих друг друга, позволило синтезировать выработанные теорией естественного права и юриспруденцией эпохи Просвещения общие принципы частного права и модели регулирования имущественного оборота, идущие от римского права и его последующей рецепции.

6. Установлено, что Б. Виндшайд и отчасти - ранний Р. ф. Иеринг произвели адаптацию выработанного исторической школой права понимания субъективного частного права в духе его психологизации и деидеологизации, превращения прежде всего в фигуру юридической техники. Отныне субъективное право трактовалось в смысле соотношения воли управомоченного и обязанного лиц. Это позволило уточнить метафору «господство над объектом», ранее воспринимавшуюся в качестве в высшей степени неопределенной.

Психологизация понятия воли как элемента субъективного частного права позволила сохранить исходный синтез сущего и должного, заложенный Ф.-К. ф. Савиньи в понятие правоотношения и субъективного права. При рассмотрении воли как психологической реальности субъективные права выступают как особые предметы, к которым применимы «физикалистские» методы анализа и категоризации. Этим, в частности, объясняется и идея о «жизненном цикл» субъективных прав - их «возникновении, изменении и прекращении».

Фундаментальным вкладом Б. Виндшайда в цивилистическую науку стала интеграция категории субъективного частного права в рамки теории юридического позитивизма. Субъективное право стало рассматриваться в качестве результата действия объективного права; отсюда - его понимание как «дозволенности воли».

7. Обоснована целесообразность выделения двух альтернативных по отношению к волевой теории аналитических моделей субъективного частного права. Одна из них основана на категории интереса, а вторая обосновывает невозможность формирования общего понятия субъективного частного права, исходя из структурных особенностей отдельных типов правомочий.

8. Установлено, что различие в трактовке первичных элементов содержания субъективных частных прав в континентально-европейском и англо-американском праве объясняется исторически сложившимися различиями в методологии исследования. В европейской цивилистике анализировались прежде всего исторически возникшие типы субъективных прав, которые следовало рассматривать как данность, подлежащую описанию и объяснению. Англо-американская теория права в основном ориентировалась на логический анализ конкретных типов правомочий, существующих в практике гражданского оборота. Поэтому и схему В. Хофельда, отражающую существо его концепции, следует рассматривать как логический анализ, а не как описание действительности.

Вместе с тем и в континентально-европейском частном праве анализ различных типов содержания субъективных прав сам по себе не ведет к установлению надежного критерия субъективно-правового характера той или иной юридической возможности. В связи с этим аргумент о наличии в правопорядках указанных типов различных субъективно-правовых структур, нередко имеющих мало общего, не свидетельствует о невозможности существования

общего для континентально-европейского и англо-американского права понятия субъективного частного права.

9. Выделены и критически проанализированы три концепции, отрицающих понятие субъективного частного права: а) «социальная функция субъективного права» Л. Дюги; б) широкое понимание принудительности и принуждения Р. Хейлом; в) принцип «нет прав без обязанностей» О. ф. Гирке; доказано, что ни одна из них не может считаться убедительной.

Теория «социальной фукнкции» представляет собой следствие некритического перенесения Л. Дюги в частноправовую сферу категориального аппарата и специфических концепций французского административного права, которые не только непригодны для частноправового контекста, но и не имеют аналогов даже в рамках континентальной традиции публичного права (в первую очередь, в Германии). Вместе с тем, теория «социальной функции» подменяет автономию воли, лежащую в основе конструкции субъективного частного права, социальной обусловленностью действий субъектов и не в состоянии объяснить наиболее характерные для частного права случаи предоставления частному лицу свободы усмотрения относительно возникновения, изменения и прекращения прав и обязанностей, т.е. ситуаций, в которых юридический эффект не может быть достигнут иначе, кроме как посредством волеизъявления субъекта - частного лица.

Негативный подход Р. Хейла к принципу автономии воли и конструкции субъективного частного права основан на крайне широком и некорректном понимании принуждения, которое он трактует в психологическом смысле как любое ограничение в сравнении с тем, чего субъект желал бы. Принцип единства прав и обязанностей отсутствует в частном праве, в действительности скрывая за собой самые разнообразные ситуации, из которых лишь принцип корреляции (соответствия между правами и обязанностями) в смысле необходимости двустороннего обоснования правонаделения может иметь значение для частного права. Это не опровергает, а лишь подтверждает классическую, основанную на ассиметрии концепцию субъективного частного права.

10. Доказано, что современная теория воли как основа концепции субъективного права сформировалась благодаря последовательным усилиям целого ряда ученых, предпринятых ими на различных этапах ее эволюции. Во-первых, А. Тоном и Г. Кельзеном был обоснован тезис о том, что инициатива в защите права, принадлежащая управомоченному лицу, выражает суть понятия господства воли как основу категории субъективного права. Иными словами, господство воли стало трактоваться как *распорядительный эффект*, а защита права по усмотрению управомоченного лица концептуализировалась как обладающая распорядительным эффектом. Во-вторых, О. Бухер продемонстрировал, что многие действия по осуществлению частного права обладают распорядительным эффектом и тоже могут рассматриваться как

проявление господства воли (хотя он был не склонен отождествлять осуществление и распоряжение субъективными правами). В-третьих, Г. Харт обосновал тезис, в соответствии с которым существо субъективного права состоит в более или менее полном контроле управомоченного над закрепленной за ним возможностью поведения, который рассматривается им как распоряжение в широком смысле слова. По его мнению, способность управомоченного отказаться от осуществления и защиты своего права, т.е. право определения юридической судьбы субъективного права, и составляет его распорядительный эффект.

11. В результате проведенного критического анализа изложенных подходов обосновано общее определение (понятие) субъективного частного права. Эту основополагающую правовую категорию можно определить как распорядительную власть, обеспечивающую управомоченному лицу значительную меру контроля за юридической судьбой поведенческой возможности и юридического императива (юридической обязанности или связанности), которая выступает ее коррелятом.

12. Доказано, что конструкция *притязания* как относительного права на чужое поведение всегда предполагает наличие у управомоченного лица правомочий распорядительного характера, в отсутствие которых оно практически нежизнеспособно. Выделение права на чужое поведение, состоящего исключительно из действий пассивного субъекта, возможно лишь как умозрительная, теоретико-аналитическая конструкция.

Обоснован вывод о том, что *дозволение* как право на собственные действия фактического характера представляет собой самостоятельный механизм частноправового регулирования, который нельзя редуцировать к юридическим обязанностям или запретам.

Теоретическая и практическая значимость результатов исследования состоит в том, что в работе сформулирован ряд теоретических и методологических выводов по вопросам природы частного права, особенностей правонаделения в частном праве, сущности, места и функций категории субъективного частного права, логики эволюции этой теоретической категории, а также особенностях, которые она принимает в рамках различных национальных частноправовых систем.

Данные выводы способны служить теоретической базой для дальнейших научных работ по теории субъективного частного права и теории гражданского правоотношения, других фундаментальных доктрин общей части частного права. В практическом отношении настоящая работа по замыслу диссертанта может послужить задаче формирования новой учебной дисциплины, общей теории частного права, задачей которой стало бы концептуализация наиболее общих закономерностей частного права с целью облегчить понимание частного права в процессе его преподавания и практического применения.

Материалы исследования могут быть использованы при преподавании учебной дисциплины

«Гражданское право», спецкурсов, направленных на изучение особенностей правонаделения в частном праве, в учебных заведениях, в разработке учебно-методических пособий.

Степень достоверности и апробация результатов исследования. Диссертационная работа выполнена, обсуждена и одобрена на кафедре гражданского права Московского государственного университета имени М.В. Ломоносова.

Основные положения и выводы настоящего диссертационного исследования докладывались и обсуждались на научных и научно-практических мероприятиях, в частности, на заседаниях кафедры гражданского права и были положены автором в основу специальных курсов лекций по проблемам теории и истории частного права, которые автор в течение ряда лет читал на Юридическом факультете Московского государственного университета имени М.В.Ломоносова и в Российской школе частного права.

Результаты диссертационного исследования опубликованы в научных статьях, в том числе в журналах и изданиях, рекомендованных ВАК РФ.

Структура диссертации. Выбранная тема и цель исследования определили структуру диссертации. Она состоит из введения, четырех глав, объединяющих 19 параграфов, заключения, библиографического списка.

Глава 1. Возникновение понятия субъективного частного права в европейском частном праве

1.1. Субъективное право и принцип диспозитивности в римском частном праве и их догматическое значение

В какой мере мы имеем основания утверждать, что римское право знало конструкцию субъективного права? Этот вопрос довольно давно интересует цивилистов, а также историков и теоретиков права. Системообразующее значение понятия субъективного права применительно к континентальной частноправовой традиции Нового времени не подлежит никакому сомнению. Но можно ли аналогичный вывод сделать относительно более ранних частноправовых систем? Особый интерес в этом отношении представляет классическое римское право, учитывая его роль в формировании современных континентальных частноправовых систем.

Римское частное право занимает уникальное положение одновременно как точка отсчёта для современных европейских частноправовых систем и как «иное» по отношению к последним. С одной стороны, не подлежит никакому сомнению, что континентальное частное право испытало огромное влияние римских частноправовых конструкций и сформировалось в значительной мере под влиянием последнего. С другой стороны, римская юридическая система обладает некоторыми уникальными особенностями, которые слабо напоминают реалии современных национальных частноправовых систем, окончательно сформировавшихся только в XIX в. В этом смысле континентальное частное право воспроизводит базовые конструкции римского права в той же степени, в которой отличаются друг от друга социокультурные контексты формирования частного права и основные структурные особенности функционирования римского права и континентальных частноправовых систем эпохи модерна.

Понятие субъективного права является основополагающей «конечной абстракцией»[1] континентального частного права. В какой мере это справедливо относительно римского права? Ответ на поставленный вопрос важен сразу в нескольких отношениях. Прежде всего, лучшее понимание роли субъективно-правовых структур в рамках исторически более ранних частноправовых систем позволит полнее понять функции категории субъективного права в частном праве. Во-вторых, определённый интерес представляет и вопрос, в какой мере возможно существование частноправовой системы, в которой категория субъективного права отсутствует или носит маргинальный характер. В-третьих, исследование генезиса субъективно-правовых структур в частном праве сможет способствовать пониманию существа самой

[1] Tuhr A. von. Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts. Bd. 1: Allgemeine Lehren und Personenrecht. S. 53.

категории субъективного права.

Поставленная проблема вызывала и продолжает вызывать живейший интерес цивилистов и романистов. Дискуссия длится на протяжении более чем полутора столетий. В ней принимали участие ведущие европейские цивилисты первого ряда. С известной долей упрощения можно сказать, что основу всей дискуссии в континентально-правовой цивилистике по поводу понятия субъективного права в римском частном праве заложил Бернгард Виндшайд. Как будет продемонстрировано ниже, в каком-то смысле вся проблема и по сей день рассматривается в оптике Виндшайда либо отталкиваясь от той постановки вопроса, которую предложил выдающийся германский пандектист.

При этом необходимо отметить, что нас, как и Виндшайда, будет в значительной мере интересовать не историко-правовой, а юридико-догматический аспект проблемы. Особый интерес для цивилиста представляет не сам исторический контекст формирования категории субъективного права, а то, как этот исторический контекст влиял на понимание системы и содержания частноправовых институтов и конструкций в их современном значении. По этой причине для исследования комплекса проблем субъективного права в римском праве мы избрали специфический угол зрения и порядок рассмотрения. Поскольку речь в основном будет идти о генезисе конструкции субъективного права применительно к условиям римского права, основной упор будет сделан на реконструкцию теоретической дискуссии по этому вопросу, которая уже не первое десятилетие продолжается в цивилистической литературе. Как уже отмечалось, классическую постановку рассматриваемого вопроса дал Виндшайд. Вся дальнейшая линия дискуссии развивалась и по сей день развивается вокруг основного тезиса, выдвинутого германским учёным. По этой причине мы предполагаем начать именно с попытки реконструкции позиции Виндшайда, отталкиваясь от которой ввести рассмотрение проблемы генезиса представлений о субъективном праве.

Опубликованная в 1856 г. монография Виндшайда «*Actio* римского права с точки зрения современного права»[1] была второй по счёту монографией автора, который уже был известен своими исследованиями французского частного права[2]. Но значение монографии 1856 года трудно переоценить. Достаточно указать на следующее обстоятельство: в историю германской пандектистики и цивилистики в глобальном масштабе Виндшайд вошёл в первую очередь как автор самого известного и крайне успешного учебника пандектного права[3]. Роль этого

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

[2] Windscheid B. Zur Lehre des Code Napoleon von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte. Düsseldorf: Buddeus, 1846. Как будет показано в дальнейшем изложении, трактовка Виндшайдом понятия недействительности сделок во французском частном праве оказала прямое воздействие на постановку им проблемы соотношения римского понятия «*actio*» и субъективного частного права.

[3] Windscheid B. Lehrbuch des Pandektenrechts. 4. Aufl. Düsseldorf: Buddeus, 1875.

учебника не ограничивалась образовательными процессами и функциями. На него прямо ссылались суды, по крайней мере, до введения в действия *BGB*.

Популярность монографии 1856 г., как и ее воздействие на частноправовой дискурс в Европе, сравнима с силой воздействия учебника пандектного права. Основные идеи Виндшайда можно свести к следующему.

Целью работы, как следует из её названия, является попытка теоретической реконструкции римского понятия «*actio*». При этом необходимо отметить, что речь не идёт об исключительно историко-правовом исследовании. Напротив, основной замысел Виндшайда состоял в попытке объяснить, что означает римское понятие «*actio*» с современной автору точки зрения, т.е. интерпретировать ключевое понятие древней системы частного права сквозь призму современного развитого частноправового порядка. Таким образом, речь в каком-то смысле идёт о том, чтобы «перевести» ключевое понятие римского частного права на современный язык, найти адекватную для передачи его смысла ключевую категорию современного права, его функциональный эквивалент.

Эта крайне интересная постановка вопроса требует некоторого комментария, поскольку может показаться непривычной. Традиционное для юридической науки XX в. понимание исходит из того, что историко-правовая перспектива исследования последовательно отграничивается от юридико-догматической. В первом случае основной акцент делается на исторической реконструкции генезиса правовых форм, на понимании логики исторических форм права, теоретических конструкций, как их понимали их современники. Юридико-догматический фокус исследования, напротив, предполагает концентрацию на исследовании действующего права, его аналитической и систематической реконструкции, в первую очередь для целей правоприменения.

Подобная «дуалистическая» конструкция, закрепившаяся в правоведении XX в. под влиянием юридического позитивизма, не оставляет места для исследования того типа, которое представляет собой монография Виндшайда «*Actio* римского права с точки зрения современного права». Ведь, насколько можно понять, замысел выдающегося германского цивилиста как раз и состоит в том, чтобы найти в *современном* частном праве и частноправовой теории адекватный *современный эквивалент* римско-правовому понятию «*actio*». Такая постановка вопроса с точки зрения позднейшей правовой теории если не абсурдна, то по крайней мере бессмысленна. Зачем смешивать две разные перспективы исследования, которые плохо монтируются друг с другом? В самом деле, какое значение для современного права может иметь теоретическая реконструкция системы римского частного права при использовании понятийного аппарата современного права? И наоборот, что способен дать для лучшего понимания исторического римского частного права перевод его ключевых категорий и

конструкций на язык современного частного права?

Здесь необходимо напомнить, что Виндшайд как цивилист сложился в рамках исторической школы права. Базовая методологическая установка этой школы сформировалась в течение первой трети XIX в. через полемику с универсализмом эпохи Просвещения[1]. С точки зрения сторонников исторической школы права различные национальные культуры не развиваются по единому образцу, историческое развитие не формирует ни единого паттерна, ни единого результата для каждой из национальных культур. Плюрализм национальных культур является изначальной данностью. Соответственно, каждая культура представляет собой особую целостность, которая развивается по собственной траектории. Если базовые метафоры философии эпохи Просвещения черпались из области математики, то немецкие романтики опирались скорее на биологические метафоры. Национальные культуры трактовались как сингулярности, уникальные дискретные сущности, каждая из которых обладает собственной логикой развития. Просвещенческая же традиция, напротив, исходила из универсализма и инвариантного характера прогресса для всех культур.

Такая смена фокуса от эпохи Просвещения к эпохе Романтизма сказалась и на подходе социальных наук к трактовке собственного предмета. Объектом изучения стала не «человеческая природа» вообще, как некий набор инвариантов, существующий всегда ивезде, а единичная *национальная* культура, уникальная целостность. Поскольку каждая национальная культура обладает нередуцируемым своеобразием, постольку и процедуры их исследования должны учитывать это обстоятельство. Понять уникальность культуры можно посредством теоретической реконструкции её генезиса. Иными словами, чтобы объяснить системные свойства определённого уникального социального целого, необходимо проследить то, каким образом эти системные свойства были приобретены в процессе исторической эволюции соответствующего социального целого.

Таким образом, исторический метод исследования стал господствующей методологической установкой в социальных науках, сформировавшихся под влиянием немецкого романтизма. История позволяла понять уникальность национальной культуры, поскольку исторический путь всегда уникален и зависим от контекста. При этом уникальность означает ещё и автономию национальной культуры, в рамках которой все элементы связаны друг с другом и необходимы для существования культуры в целом. По сути, эти два свойства – сингулярность и системность культуры – и определяют использование исторического метода в качестве основной методологической ориентации социальной науки эпохи немецкого романтизма. В самом деле, если культуры уникальны, а элементы,

[1] Toews J.E. Becoming Historical: Cultural Reformation and Public Memory in Early Nineteenth-Century Berlin. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. P. 284.

составляющие эту уникальность, необходимы, то лучший способ понять культуру – обратиться к анализу того, каким образом все эти элементы сложились в уникальную сингулярность. Иными словами, расшифровать социальную целостность можно, поняв логику её формирования.

Бесспорно, такого рода методологическая установка определяется особенностями германской культуры первой трети XIX в., в первую очередь реакцией на доминирование французской просвещенческой традиции и французской культуры вообще. Необходимо было доказать уникальность и состоятельность собственной национальной традиции перед лицом очень влиятельного и чрезвычайно успешного конкурента[1]. В тех исторических условиях самым очевидным способом такого доказательства стала апелляция к уникальности исторического пути, который дал уникальный исторический результат. Историческая школа права стала выражением этой тенденции в области юриспруденции.

При этом необходимо отметить одну крайне любопытную особенность методологии исторической школы права. С одной стороны, отвергался универсализм аксиоматичных конструкций французского Просвещения. Постулировались своеобразие и уникальность конкретных национальных культур. Все это, естественно, было полемически заострено против культурного доминирования французского опыта: если каждая культура уникальна и неповторима, то и французский опыт уникален, неповторим и *невоспроизводим* в иных исторических и социокультурных условиях. Но у этого есть и другая сторона. Уникальность каждой конкретной (национальной) культуры означает то, что у каждой из них существуют свои императивы и инварианты развития, которые задают её уникальный «генетический код». Именно обнаружение этого «генетического кода» посредством применения исторического метода исследования и является, с точки зрения германских романтиков, задачей любой гуманитарной науки. Это означает, что наука немецких романтиков изучает закономерности, как и наука французских просветителей, но эти закономерности перенесены с универсального уровня («человеческая природа», «универсальный Разум») на уровень национальной культуры («народный дух», «культура»). Эта инновация немецких романтиков позволила сформировать крайне интересную разновидность социальной науки, которая, с одной стороны, не лишена универсализма, поскольку изучает закономерности и инвариантные структуры, а с другой стороны, связана с реальностью конкретной национальной культуры, которая и выступает её эмпирическим базисом. Выбор именно *национальной* культуры в качестве базового объекта исследования тоже понятен, учитывая то, что германский социум в ту эпоху решал задачу поиска собственной идентичности в условиях культурной гегемонии французского просвещенческого образца. При этом сам феномен национальной культуры

[1] Halpérin J.-L. Histoire de l'état des juristes: Allemagne, XIX^{e}–XX^{e} siècles. Paris: Classiques Garnier, 2015.

трактовался как органическое единство, целостность, несводимость нового приобретенного во взаимодействии элементов к механической сумме отдельных элементов[1]. Трактовка такого рода, в свою очередь, позволила подходить к предмету исследования как к обладающему объективными *общими закономерностями*, обнаружение которых и составляет главную задачу соответствующей социальной науки.

Всё это, однако, привело к «непредвиденному результату», а именно сформировало крайне плодотворную методологическую традицию в социальных науках и дало импульс формированию одной из самых сильных юридических школ в истории человечества. Проблема любой универсалистской методологии, как известно, в том, что они, как правило, носят слишком абстрактный характер. Выбор национальной культуры в качестве эмпирического базиса исследования даёт возможность анализировать конкретные феномены в их историческом развитии.

В самом деле, ориентированные на аксиоматическую модель рационализма, юридические теории эпохи Просвещения не были чувствительны к историческому измерению, которое третировалось в лучшем случае как «антикварное» собрание древних курьезов, а в худшем – как история обмана и заблуждений. Но это закрывало для юридической науки доступ к опыту поколений в сфере регулирования имущественного оборота. Проще говоря, подобная «антиисторическая» установка устраняла возможность легитимно использовать наработки европейской науки частного права.

Именно эту проблему и решила инновативная методология, основанная на принципе историзма. При этом сохраняется то напряжение между универсализмом методологии (поиск *инвариантов* на уровне национальной культуры) и партикуляризмом исследуемых социальных феноменов (поиск инвариантов на уровне *национальной культуры*), которое характеризует любую успешную социальную науку[2].

Применительно к исторической школе права все это означает следующее: выбор уровня национальной культуры в качестве основного масштаба научного исследования позволил включить в предмет исследования реально существовавшие правовые практики, а их трактовка как выражающих уникальные особенности национальной культуры позволила обосновать необходимость поиска в них закономерностей. Методология эпохи Просвещения, как и более ранние рационалистические версии юридической методологии, страдала в этом отношении от чрезмерно абстрактного стиля теоретизирования, оторванного отэмпирической реальности, от существующих европейских практик регулирования и осмысления имущественного оборота[3]. Исторический же метод стал тем, что объединило эмпирический базис и теорию: дискретные

[1] Haferkamp H.-P. Die Historische Rechtsschule. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2018. S. 184–196.
[2] Toews J.E. Op. cit. P. 287.
[3] Gordley J. The Jurists: A Critical History. Oxford: Oxford University Press, 2013. P. 128–140.

феномены правовых практик познаются как необходимые в процессе рассмотрения их исторической эволюции. Опора при этом делается на действительно существующие частноправовые практики и формы рефлексии о них, а не на абстрактные свойства «человеческой природы» вообще. Таким образом можно охарактеризовать реальный смысл историзма исторической школы права.

Этот небольшой очерк методологии позволит, надеюсь, пролить свет на поставленный в самом начале вопрос о мотивах, которыми руководствовался Виндшайд, ставя вопрос о «переводе» римского понятия «*actio*» на язык современного частного права и цивилистической теории. Исследование генезиса правовой формы способно, по представлениям исторической школы права, выявить инварианты этих правовых форм, понять их существо. По этой причине анализ римской правовой культуры, используя современный понятийный аппарат, вовсе не представляется для Виндшайда избыточным, а сама постановка вопроса о сравнении *actio* с современными частноправовыми понятиями – экзотической.

Основной тезис Виндшайда заключается в том, что римское понятие «*actio*» не следует рассматривать в качестве эквивалента современного иска как обращения к суду о защите нарушенного права. Подобная трактовка, по мнению Виндшайда, являлась бы искажением смысла *actio,* поскольку не отражала бы реалий римского права и своеобразия римскойсистемы защиты права.

В самом деле, римская модель правовой системы мало напоминает те правовые системы национальных государств, которые начали формироваться в Европе в XV–XVI вв., существуют до сих пор и поэтому более привычны современному человеку. Главное отличиеримского права от современного в этом отношении можно сформулировать следующим образом: если современное право представляет собой в основном и главным образом систему *правил поведения*, юридических императивов, норм, содержащих требования необходимого поведения, обращенных к субъектам права, то римское (частное) право – это прежде всего и главным образом система *средств защиты*, предоставляемых правопорядком субъектам в случае, если существуют достаточные основания полагать, что легитимные имущественные интересы этих субъектов нарушаются. Эти средства защиты и называются *actiones*.

Вне всякого сомнения, *actio* в целом ряде отношений напоминает современное понятие иска как обращённого в суд требования к ответчику о защите нарушенного или оспариваемого права. Но существуют и серьёзные отличия. Прежде всего необходимо напомнить о маргинальной роли нормативно-правового акта как источника римского частного права. Законы не были основным «мотором» развития римской правовой системы вплоть до самых поздних и

менее всего интересных для исследователя стадий его исторической эволюции[1].

Основу юридической системы составляло сотрудничество преторов, частнопрактикующих римских юристов и судей. Претор решал вопрос о том, подлежит ли защите тот или иной имущественный интерес истца, что в терминологии римского права означало предоставление истцу *actio*. Предоставление *actio* означало то, что имущественный интерес истца заслуживает защиты, и содержало указание судье вынести решение в пользу истца, если последнему удастся доказать, что фактически нарушение его легитимного имущественного интереса имело место. Таким образом, вопросы права (предоставление защиты путём выдачи *actio*) отделялись от вопросов факта (доказательство того, что нарушение на самом деле имело место) как содержательно, так и институционально.

Претор решал вопрос о праве: является ли нарушение интереса истца достаточным, чтобы предоставить ему юридическую защиту. Радикальное отличие от современного права состоит в том, что вопрос о предоставлении средства защиты решался в принципе не до факта нарушения имущественного чужого интереса, а после этого. В современном частном праве типы имущественных интересов субъектов, подлежащие правовой защите,фиксируются заранее в виде обязательных правил поведения. Их нарушение, в свою очередь,активирует механизмы судебной защиты права. В римском праве, напротив, претор определял, достаточно ли то или иное умаление чужой имущественной сферы для предоставления судебной защиты. Другими словами, правила поведения не формулировались изначально, до факта нарушения, а выводились косвенным путём, посредством решения претора о том, следует ли ту или иную разновидность умаления чужой имущественной сферы считать достаточной для предоставления судебной защиты.

Соответственно, главный вопрос римского права – есть ли у истца *action,* в то время как главный вопрос современного частного права – нарушено ли правило поведения, норма права. Иными словами, в римском праве система *actiones* фактически выполняла те функции, которые сейчас выполняются правилами поведения, объективно-правовыми императивами (и субъективными правами). Именно по этой причине трудно признать римское понятие «*actio*» эквивалентным современному понятию иска. Иск в современном смысле слова – это *следствие* нарушения юридического императива, нормы объективного права. *Actio* же римского частного права представляет собой решение претора о том, что имущественный интерес истца, если в суде будет доказан факт его нарушения, заслуживает судебной защиты. Другими словами, формула иска в известном отношении аналогична современному правилу поведения, норме объективного права, юридическому императиву. Однако лишь в определённой степени

[1] Schiavone A. The Invention of Law in the West. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press,2012. P. 85–104.

аналогична.

Ключевое отличие заключается в том, что *actio* всё-таки в гораздо большей степени «привязано» к конкретному факту умаления имущественной сферы определённого лица со стороны другого определённого лица. Иными словами, в данном случае правило поведения как бы определяется *post factum,* после факта конкретного нарушения и исходя из последнего. Разумеется, претор со временем пытался формализовать систему *actiones,* заранее объявляя в преторском эдикте те типы нарушений чужой имущественной сферы, которые он будет защищать. Однако поскольку типы нарушений, подлежащие судебной защите, определялись исходя из уже случившихся нарушений, то средства защиты, *actiones,* неизбежно несли в себе элемент казуистики, связи с конкретным фактическим составом, которому предоставлялась когда-либо защита. В известной мере все *actiones* предоставлялись *ad hoc*. Даже если их применение и расширялось, то происходило это тоже по итогам рассмотрения конкретного спора о конкретном виде умаления чужой имущественной сферы, который подлежит или не подлежит судебной защите.

Можно ли в подобном контексте говорить о существовании в римском частном праве правил поведения *stricto sensu*? Если и можно, то лишь опосредованно и в фигуральном смысле. Опосредованно, потому что в рамках подобной структуры правовой системы правила поведения *post hoc* выводились из типов умалений чужой имущественной сферы, в отношении которых преторами предоставлялась судебная защита. Иными словами, правило поведения косвенно «дедуцировалось» из факта нарушения, а не наоборот, факт нарушения (при наличии фактических оснований) констатировался из факта существования правила поведения, как это имеет место в современном праве. В фигуральном смысле о существовании в римском праве правил поведения в строгом смысле слова можно говорить, потому что абстрактное правило поведения, «не привязанное» к конкретному фактическому составу, не может возникнуть в случае, когда правовая система генерирует средства защиты исходя из конкретных видов нарушений. Чтобы из конкретных видов нарушений сформулировать общую абстрактную формулу правила поведения, необходимо как раз разорвать связь с конкретными фактическими составами. А это применительно к классическому формулярному процессу было невозможно буквально в силу его собственной структуры, институционального разделения ролей, когда претор определяет, заслуживает ли *конкретный* интерес защиты, а судья выясняет, был ли этот конкретный интерес *фактически* нарушен. Именно по этой причине, кстати, в римском праве так последовательно был проведён принцип *numerus clausus*, причём далеко не только в тех областях частного права, для которых действие этого принципа считается типичным в современном частном праве.

В таких условиях субъектам частного права, чтобы ориентироваться в правовых

«предписаниях», приходилось искать конкретные типы фактических составов, подлежащие защите. Но эти типы фактических составов, *actiones*, были всегда «привязаны» к конкретному случаю, к тому конкретному делу, из рассмотрения которого возникла соответствующая преторская формула. По этой причине, чтобы понять, является ли новый случай сходным с уже рассмотренным, нужно было применять аналогию и необходимо было еще одно решение претора, в той же степени «привязанное» к конкретному случаю, что и предыдущее.

Исходя из изложенного, становится очевидной та логика, которая заставила Виндшайда усомниться в том, что римское понятие «*actio*» эквивалентно современному понятию иска. *Actio* – это нечто среднее между современным правилом поведения и актом применения прав, это и то, и другое одновременно, но и не то, и не другое по отдельности. Римское право в гораздо большей степени, чем современное, оказывается сконцентрированным на защите права, а не на регулировании общественных отношений. Регулирование определяется в большей мере под углом защиты, а не наоборот. По этой причине «…исходный пункт составляет мысль, что римское *actio* не следует понимать в качестве средства защиты нарушенного права, но в качестве самостоятельного выражения права»[1]. Поэтому задача, по мнению Виндшайда, и состоит в том, чтобы выразить смысл римского понятия «*actio*» максимально точно на языке современного права[2].

Римское право, по мнению Виндшайда, представляло собой «…не порядок (субъективных) прав, а порядок судебной защиты притязаний. Права предоставлялись в той мере, в какой обеспечивалось их принудительное осуществление через суд. Actio было не производным, а обладало первичностью и самостоятельностью»[3]. Защита права была для римлян истинным локусом всей правовой системы. Модели должного поведения одновременно формировались и защищались именно в процессе, поэтому значение процесса было куда более важным, чем в последующей традиции континентального частного права.

Именно по этой причине, как полагает Виндшайд, римское понятие «*actio*» на языке современного права следует считать не иском, а притязанием. Иск в его строго процессуальном значении с точки зрения современного правопонимания представляет собой обращение к суду за защитой нарушенного или оспариваемого права. Первичным является факт нарушения нормы права и (производного от неё) субъективного права. Задача суда – выяснить, имело место нарушение или нет, и в случае, если нарушение имело место, применить соответствующую санкцию. Обращение в суд лишь активирует процесс защиты права, применения санкции за нарушение нормы. По этой причине иск и процесс рассматриваются как производные от норм объективного права, от правил поведения на донарушенной стадии.

[1] Windscheid B. Die Actio des römischen Civilrechts, vom Standpunkte des heutigen Rechts. S. 2.
[2] Ibidem.
[3] Ibid. S. 3.

В условиях римского права, как было показано выше, правило поведения, норма объективного права формулировались в рамках самого процесса, на стадии выработки преторской формулы. Именно здесь концентрировалось что-то аналогичное современному правотворческому процессу, но с двумя существенными отличиями. Во-первых, «норма права» (формула) формировалась исходя из конкретного факта умаления чужой имущественной сферы, а не абстрактно для целого типа фактических составов. Во-вторых, «норма права» (формула) появлялась по инициативе и при активном содействии участников спора. Для этого, в частности, привлекались римские юристы, эксперты, не имевшие никакого официального статуса, но предоставлявшие сторонам юридические услуги[1].

Дело в том, что преторы, будучи должностными лицами Римской республики, часто не обладали экспертизой в области частного права. По этой причине им приходилось при вынесении решений (выдаче формул) опираться на экспертное сопровождение, консультации римских юристов. То же самое необходимо сказать и относительно сторон каждого спора. Таким образом, сформировалась система правовой защиты, в которой правила поведения формулировались под углом зрения конкретного факта нарушения чужого имущественного интереса, так сказать, *post factum,* в процессе и по инициативе самого субъекта, утверждавшего, что его право нарушено и оспаривается. Это как если бы в рамках современного права нормы объективного права принимались исходя из инициативы конкретных субъектов, считающих их имущественные интересы нарушенными, и при этом исходя из конкретных случаев.

Конечно, совершенно очевидным представляется, что современный иск не может быть понятием, с помощью которого может быть описана или переведена на язык современных представлений эта своеобразная реальность римского права. Заслуга Виндшайда в том и заключается, что он предложил новое понятие, при помощи которого оказалось возможным решить рассматриваемую проблему, – понятие «притязание» (*Anspruch*). Ход рассуждений германского учёного можно реконструировать следующим образом: что является тем самым важным, принципиальным, что характеризует римскую систему правозащиты? Скорее всего,это принудительное осуществление частной инициативы защиты имущественного интереса[2]. Применительно к римским условиям частная инициатива, свобода усмотрения, способность провести свою волю концентрировались на «юрисдикционной» стадии, стадии принудительного осуществления частного интереса. Именно там формировалось и принудительно осуществлялось право. Соответственно, именно способность *принудительно* осуществлять свою волю и следует признать ключевой для понимания *actio*.

Если же перенести эти рассуждения в контекст современных частноправовых систем, в

[1] Gordley J. Op. cit. P. 6.
[2] Windscheid B. Die Actio des römischen Civilrechts, vom Standpunkte des heutigen Rechts. S. 5.

которых правила поведения формулируются, как правило, не на юрисдикционной стадии, а раньше, но инициатива частных субъектов в приобретении и осуществлении прав все так же имеет значение, то необходимо найти такую теоретическую категорию, которая отражала бы эту новую правовую реальность. Именно таковой Виндшайд и предложил считать понятие притязания. «Полномочие (*Befugnis*) проводить собственную волю (является) выражением возможности требовать от другого»[1]. Иными словами, притязание представляет собой *actio*, перенесённое на донарушенную стадию развития соответствующего правоотношения.

В самом деле, для римского права ключевым был момент проявления частной инициативы именно и исключительно на стадии правозащиты (*in jure et in judicio*). Это было связано, как мы видели, с тем, что правила поведения формулировались здесь применительно к конкретным фактическим составам нарушения имущественных интересов. Таким образом, в понятии «*actio*» объединялись два ключевых и критически важных параметра римского частного права: роль претора (римских юристов и суда) и роль сторон в формировании и осуществлении частноправовых норм. Если же перенести это в современное право, в котором центр тяжести сдвинут больше в донарушенную стадию, то наиболее адекватным выражением римского понятия «*actio*» будет понятие права требования, или притязания.

Притязание понимается как *требование*, как инициатива, обязательная для должника, как способность провести свою волю. Именно это последнее – способность провести собственную волю, обеспечить её беспрепятственную реализацию – и объединяет притязание с *actio*. Ключевое отличие же от последнего заключается в том, что притязание не центрировано исключительно на стадии принудительного осуществления права посредством юрисдикционного механизма защиты права. Это и логично, учитывая тот факт, что в современном праве правила поведения формируются не на юрисдикционной стадии защиты права, а значительно раньше. Поэтому и право требовать определённого поведения от обязанного существует не только применительно к процессу, но до и независимо от него. Это и получает выражение в понятии притязания как в требовании управомоченного к обязанному совершить определённые действия или воздержаться от их совершения, требовании, существующем независимо от факта нарушения чужого интереса. Иными словами, в понятии притязания инициатива управомоченного как бы расширяет сферу своего применения, включая не только юрисдикционную стадию принудительного осуществления права, но и внеюрисдикционную стадию. Понятие притязания фиксирует, таким образом, то, что инициатива субъекта, его требование осуществления права применительно к современным правопорядкам могут иметь более широкую сферу применения и не ограничиваться исключительно стадией принудительного осуществления частного интереса, как это имело

[1] Ibidem.

место в римском частном праве.

Почему же в таком случае римское понятие «*actio*» следует считать аналогичным современному понятию притязания? Ведь различия очевидны и видны невооруженным глазом. Дело в том, что, по мысли Виндшайда, если перенести современное понятие притязания в римское право, то получается *actio*. С точки зрения Виндшайда, основное в римском понятии «*actio*» – это инициатива частных лиц в принудительном осуществлении права. Отличие от современного права состоит только в том, что сейчас параметр принудительности перестал иметь ключевое значение. Поэтому притязание – это инициатива частных лиц в осуществлении права, способность провести свою волю. Однако для римского права никакого другого способа осуществления права, способности провести свою волю, кроме как юрисдикционного, не существовало. По этой причине римскую *actio* и следует рассматривать в качестве функционального эквивалента современного притязания. По этой причине, замечает Виндшайд, когда мы говорим об *actio*, мы акцентируем внимание «не на специфическом моменте полномочия обратиться к суду, в отличие от полномочия (требовать) вообще, а мы хотим зафиксировать наличие права, принудительная осуществимость для нас есть выражение права»[1].

Последняя мысль позволяет лучше понять позицию Виндшайда относительно применимости категории субъективного частного права к условиям римского права. Ответ на этот вопрос представляет определённую сложность, которую и пытался решить Виндшайд. С одной стороны, римское право не знало правил поведения, юридических императивов в современном смысле слова, а если и знало их, то они играли здесь маргинальную роль. С другой стороны, роль инициативы и свободы усмотрения частных лиц в осуществлении собственных имущественных интересов можно констатировать применительно к римскому праву с полной определённостью. Как совместить две эти перспективы?

Поскольку вся активность правовой системы по формированию правил и нормативных образцов поведения в римском праве оказалась помещённой в стадию принудительного осуществления и защиты нарушенных имущественных интересов, то логичным образом и инициатива и свобода усмотрения частных субъектов закономерно оказались помещёнными именно в эту же стадию. Там, где формируется основной локус «производства» правил поведения в частном праве, и обнаруживаются инициатива и автономия субъектов. Если этот локус существует в сфере принудительного осуществления нарушенных частных интересов, то автономия воли проявляется прежде всего как инициатива и свобода усмотрения в принудительном осуществлении права. Если этот локус сдвинут в «регулятивную» стадию, то инициатива и свобода усмотрения проявляются прежде всего как право требования

[1] Windscheid B. Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. 1. 2. Aufl. Düsseldorf: Buddeus, 1867. S. 273.

управомоченного к обязанному, право требования, которое не обусловлено фактом нарушения права (имущественного интереса) и не связано исключительно с инициированием процесса принудительного осуществления права. В этом суть идеи Виндшайда. И поэтому современным эквивалентом римской *actio* следует считать не обращение в суд за защитой нарушенного или оспариваемого права (иск), а требование управомоченного к обязанному лицу.

Основной вопрос, который возникает при анализе предложенной Виндшайдом теоретической концептуализации объективного и субъективного права и соотношения права и реализации права, касается корректного описания правовой реальности до факта правонарушения, до стадии принудительного осуществления права претором и судьями. Если согласиться с тем, что правила поведения формулировались лишь в результате активности претора, т.е. на стадии конфликта, после факта умаления чужой имущественной сферы, то неизбежен вопрос о том, как юридически квалифицировать саму чужую имущественную сферу, нарушение которой может повлечь формулирование претором правила поведения.

Эта сложность не укрылась от внимания уже современников Виндшайда. Одним из первых его критиков был Теодор Мутер, который обратил внимание на несколько важных обстоятельств. Прежде всего, по мнению Мутера, претор формулировал в преторском эдикте те виды средств защиты, которые он предоставлял. Именно преторский эдикт и играл роль объективного права, правил поведения, которые позволяли субъектам частного права трактовать то или иное поведение в качестве правонарушения и обращаться в суд за защитой[1]. По этой причине даже в том случае, когда нормы формулировались в процессе деятельности преторов, нужно разграничивать объективное право, его нарушение и принудительное осуществление.

Как представляется, тезис Мутера ошибочен, ибо автор пытается найти в римскомправе то, что привычно для современного правосознания: чёткое разделение объективного и субъективного права, правила поведения и его осуществления. Но именно этих чётко дихотомизированных категорий в римском праве и не было. И существо теоретической конструкции Виндшайда как раз и заключается в убедительной демонстрации этого факта. А способом этой демонстрации, тем методическим приёмом, с помощью которого Виндшайду это удалось наглядным образом реализовать, была попытка перевести римские понятия на язык современного права. Правило поведения появлялось в качестве результата процесса, а не являлось в римском праве его предпосылкой. По этой причине защищаемый интерес и процессуальное средство его защиты были до известной степени слиты в понятии «*actio*». Вопрос: как юридически квалифицировать этот самый защищаемый интерес тогда, когда он не

[1] Muther Th. Zur Lehre von der römischen Actio, dem Heutigen Klagerecht, der Litiscontestation und der Singularsuccession in Obligationen: Eine Kritik des Windscheid'schen Buchs: «Die Actio des Römischen Civilrechts». Erlangen: Deichert, 1957. S. 30.

связан с нарушением, не находится в стадии конфликта?

Ответ на него попытался дать уже в середине XX в. выдающийся французский историк права и романист Мишель Вилле. В серии своих работ, начавших появляться сразу после окончания Второй мировой войны, французский правовед поставил вопрос о соотношении объективного и субъективного права в древних и современных (частно) правовых системах. Концепция Вилле является частью его теории, в рамках которой классические (домодерные) правовые порядки противопоставляются современным правопорядкам именно в зависимости от того, знакомы ли им конструкция субъективного права и мышление в субъективно - правовых категориях[1]. Вилле связывает появление в юридическом мышлении субъективно - правовых структур с эпохой модерна, а момент появления самой категории субъективного (частного) права с влиянием номинализма в философии и теологии позднего Средневековья.

По мнению Вилле, понятие субъективного права было совершенно чуждо как римскому частному праву, так и античной цивилизации вообще[2]. Субъективное право, согласно Вилле, представляет собой сугубо современную теоретическую конструкцию, возникшую под влиянием индивидуализма и номинализма эпохи модерна[3]. Важной частью теории Вилле был анализ Институций Гая, прежде всего знаменитой в среде романистов классификации вещей, которая содержится в Институциях. Необходимо напомнить, что сама система Институций Гая носит характер трихотомии: весь частноправовой материал разделён на три рублики (лица/вещи/иски). Интерес в рассматриваемом отношении представляет классификация вещей[4]. К вещам Гай относит не только телесные вещи (*corporales*), но и бестелесные (*incorporales*), которые включают у Гая наследственное право, ограниченные вещные права и обязательства.

Рассматриваемая классификация примечательна сразу в нескольких отношениях. Прежде всего материал классифицируется таким образом, что не оставляет места для категории субъективного права. Отдельные виды вещных и обязательственных прав помещены в рубрику «вещи». Во-вторых, в перечне вещей объединены две категории, которые с точки зрения современного частного права считаются разнородными. С одной стороны, перечисляются некоторые телесные вещи, которые по современным представлениям сами могут являться объектами прав, прежде всего объектами права собственности. С другой стороны, к бестелесным вещам Гай относит права. Таким образом, в рамках категории «*res*» объединена важная разновидность объектов гражданских прав –телесные вещи, с одной стороны, и почти все разновидности имущественных прав – с другой. В-третьих, что ещё более интересно и

[1] Наиболее известная и полная историческая реконструкция этого тезиса представлена в великолепном курсе Вилле (см.: Villey M. La formation de la pensée juridique moderne. Paris: Presses Universitaires de France, 2003).
[2] Villey M. L'idée de droit subjectif et les systèmes juridiques romains // Revue historique de droit français etétranger. 1946–1947. Nº 24–25. P. 201–227.
[3] Villey M. Leçons d'histoire de la philosophie du droit. 2e éd. Paris: Dalloz, 2002. P. 221–250, 271–283.
[4] Gai. 1.8.

вызывает удивление с точки зрения современного правосознания, в классификации вещей отсутствует право собственности. В перечне наличествуют телесные вещи, которые могут быть объектами права собственности, содной стороны, и практически все виды имущественных прав, кроме права собственности, с другой стороны.

Вилле выдвинул предположение, что право собственности вовсе не случайно отсутствует в перечне объектов гражданских прав. По мнению французского учёного, это как раз связано с тем, что римское право не знало субъективных прав в их современном смысле. *Res* обозначали объективно-правовые институты (*institutions juridiques objectives*). Речь шла не о правовой власти субъектов частного права, а о правовых режимах вещей, телесных и бестелесных.

Именно по этой причине в перечне вещей отсутствует право собственности. Для римского права характерно понимание права собственности как режима самой вещи, а не как правомочия или совокупности правомочий в отношении неё. Вещь находится в обладании, является отнесённой в определённую имущественную массу. Если никто не нарушает это «состояние принадлежности» вещей определённому лицу, то нет оснований для использования правового механизма защиты указанной имущественной сферы путём использования *actio*. При этом упомянутое «состояние принадлежности» трактуется как объективное, вытекающее из обычного порядка вещей и не требующее использования специальной правовой категории, тем более субъективно-правового характера. До факта умаления чужой имущественной сферы последняя трактуется как объективное, основанное на факте разграничение имущественных сфер различных субъектов. Иными словами, право вданном случае до степени неразличимости слито с объектом права. Последний означает одновременно и объект, и правовой режим[1].

Это связано, в частности, с тем, что каждый тип вещей предусматривал, по мнению Вилле, качественно отличный правовой режим[2]. Сами объекты, их «вещный» субстрат (*corpora*) представляют для права интерес с точки зрения того *правового режима*, который для них характерен. С точки зрения современного правопонимания понятие правового режима вещи равнозначно понятию того типа или разновидности субъективного права, объектом которого может являться соответствующая вещь. Иначе правовой режим объекта права принципиально мыслится в категориях содержания принадлежащей субъекту юридической возможности воздействовать на объект. Именно такой взгляд, как полагает Вилле, совершенно исключён для римского права. В последнем случае вещь не мыслилась как абстрактный объект правовой власти субъекта. Напротив, существовали различные типы вещей, для каждого из которых был характерен свой правовой режим. В связи с этим предпосылки для выделения абстрактного понятия правовой власти над объектом просто

[1] Villey M. L'idée de droit subjectif et les systèmes juridiques romains. P. 210.
[2] Ibidem.

отсутствовали по той простой причине, что и абстрактное понятие объекта права также отсутствовало. Посему, полагает Вилле, среди телесных вещей указаны не права собственности, а сами объекты права собственности, телесные вещи. Соответственно, например, правопреемство мыслилось не как передача прав, а как передача объектов (вещей).

Однако почему тогда во второй части классификации фигурируют права (ограниченные вещные, обязательственные и наследственные)? Вилле полагает, что права Гай также понимает в качестве объективно-правовых институтов, вещей, а не правомочий. Например, обязательство должно пониматься не как (субъективно-)правовая возможность требования, а как объективно-правовая связь (*juris vinculum*)[1]. Иначе говоря, речь идёт не о правомочии, разновидности правовой власти, а об объективном факте связанности (*vinculum*), с помощью которого определённый вид имущественного интереса относится к имущественной сфере определённого лица. Соответственно, бестелесные вещи следует понимать как разновидности вещей именно потому, что с помощью этого понятия имущественные интересы распределяются по имущественным массам различных субъектов. «*Ius* применительно к *res corporales* обозначает юридические свойства, правовой режим (*rechtliche Beschaffenheit*) вещи или лица, а применительно к *res incorporales* – юридическую реальность в качестве вещи»[2]. Таким образом, в первом случае вещь трактовалась как правовой режим, а во втором случае, напротив, правовые режимы трактовались как вещи. То общее, что существовало между телесными и бестелесными вещами и что давало возможность трактовать их как разновидности *res*, как раз и заключалось в том, что и в том, ив другом случае отсутствовало понятие правовой власти, соответствующая субъективно-правовая компонента. Напротив, распределение отдельных вещей в ту или иную имущественную сферу определённого лица трактовалось как объективно-правовое, как некоторое фактическое состояние, слитое и неразделимое с его правовым оформлением. Таким образом, при помощи термина «*jus*» описывались не типы и виды субъективно-правовых возможностей, а скорее взаимные статусы вещей и лиц[3], при помощи которых имущественные блага трактовались как относящиеся к той или иной имущественной массе[4]. По этой причине *jus* скорее трактовался как «…справедливое распределение (*gerechten Teil*), *id quod iustum est*, а не как (правовая) власть лица»[5].

В основе подобного подхода, как полагает Вилле, лежит принципиально иное, нежели в настоящее время, понимание функций права. Римское частное право, по мнению французского

---

[1] Villey M. L'idée de droit subjectif et les systèmes juridiques romains. P. 216.
[2] Fezer K.-H. Teilhabe und Verantwortung: Die personale Funktionsweise des subjektiven Privatrechts (Schriften des Instituts für Arbeits- und Wirtschaftsrecht der Universität zu Köln. Bd. 49). München: C.H. Beck, 1986. S.114.
[3] Villey M. Suum jus cuique tribuens // Studi in onore di Pietro de Francisci. Vol. 1. Milano: A. Giuffré, 1956. P. 367.
[4] Villey M. Du sens de l'expression jus in re en droit romain classique // Revue internationale des droits del'antiquité. 1949. Vol. II. P. 428.
[5] Fezer K.-*H.* Op. cit. S. 115.

учёного, распределяло имущественные сферы различных лиц, а не субъективные правовые возможности лиц относительно друг друга. Принципиальная идея римского права, с точки зрения Вилле, есть идея справедливого распределения благ, а не идея индивидуального контроля, субъективной правовой власти субъекта над объектом. Именно поэтому с точки зрения современного правового сознания выглядят столь необычными и даже откровенно непонятными классификации Институций Гая. Частноправовое сознание эпохи модерна подходит к вопросу совершенно иначе. В его рамках господствуют иные структурные оппозиции, прежде всего оппозиция между субъектом и объектом прав, между объективным и субъективным правом и между правом и его реализацией. Все указанные оппозиции применительно к римскому частному праву классического периода или отсутствовали вообще, или находились в зачаточном состоянии.

Концепция Вилле позволяет дать ответ на вопрос, поставленный критиками концепции *actio* Виндшайда: как юридически квалифицировать возможности субъектов в собственной имущественной сфере, если обладание имущественными благами не блокируется действиями других лиц, т.е. не имеет место вторжение в чужую имущественную сферу? В таком случае, по мнению Вилле, речь должна идти не о субъективно-правовых возможностях субъекта в отношении принадлежащих ему объектов, а об объективно-правовых режимах и статусах объектов и субъектов. Указанные режимы и статусы обладают объективно-правовой природой и произведены от обычного права, от существующих в обществе социальных практик, представляют собой некоторый сплав фактического и юридического, смешанную объективно-субъективную правовую структуру.

Концепция Вилле вызвала бурную полемику в кругах как цивилистов, так и романистов. Если цивилисты в целом довольно благосклонно отнеслись к умозаключениям Вилле[1], то романисты, напротив, в значительной мере не согласились с большинством выводов французского правоведа. Наиболее полно, исчерпывающе и убедительно критика концепции Мишеля Вилле представлена в работах известного итальянского романиста Джованни Пульезе, на взглядах которого представляется необходимым остановитьсяподробнее.

Еще в 1939 г., т.е. до появления первых статей Вилле, Пульезе опубликовал большую монографию, специально посвящённую проблеме субъективного права в римском праве, в частности соотношению понятий *actio* и субъективного права[2]. Пульезе полагает, что то, что римское право фокусировалось в основном на стадии защиты права и на предоставлении средств защиты права (*actiones*), не является достаточным основанием для отрицания существования субъективных прав в римском праве. *Actio civilis* основывается на вытекающем

[1] Fezer K.-H. Op. cit. S. 117–119.
[2] Pugliese G. Actio e diritto subiettivo. Milano: A. Giuffrè, 1939.

из нормы права правиле поведения, а следовательно, и субъективном праве (если эта норма предоставляет субъекту возможность определённого поведения). В случае же *actio honoraria* соответствующая юридическая возможность вытекает из решения претора и по этой причине практически идентична с самой *actio*.

Пульезе полагает, что Институции Гая, на которые ссылается Вилле, не являются типичным для воззрений римских юристов источником. Гай в большей мере высказывал собственную точку зрения, которая не была господствующей[1].

Основной посыл Пульезе заключается в том, что итальянский романист не считает различие юридического мышления с помощью *actiones* настолько значительным по сравнению с юридическим мышлением в категориях (объективно-правовых) правил поведения и субъективных прав, чтобы не признавать наличие последних в римском праве. Для Пульезе важнее то обстоятельство, что термин «*jus*» используется в источниках римского права в смысле предоставления субъекту определённой возможности субъективно-правового характера. Следовательно, полагает итальянский романист, конструкция субъективного права была известна римскому праву. Другими словами, в конструкции *actio* можно при желании увидеть если не развитую форму субъективного права, то уж по крайней мере основу этой конструкции.

Проблема состоит в том, что Пульезе излишне модернизирует римское понимание *actio*. Всё-таки римская *actio* – это прежде всего *jus judicio persequendi*, в современных терминах – право требовать чего-либо с помощью суда. Это отличает *actio* и от субъективного права в техническом смысле слова, и от иска в процессуальном смысле. Ключевое отличие заключается в том, что *actio* представляет собой не просто формальную возможность обратиться в суд за защитой права, а право, основанное на определённом фактическом составе, признанном претором достаточным, чтобы гарантировать ему защиту. Соответственно, от субъективного частного права *actio* отличается прежде всего тем, что областью проявления активности управомоченного является сфера защиты права. Иными словами, требование заявляется и обнаруживает свои правовые свойства именно на нарушенной конфликтной стадии развития правоотношения. От иска же в процессуальном смысле *actio* радикально отличается тем, что представляет собой не просто право на рассмотрение спора, а право на удовлетворение требования. Это право на защиту, относительно которого известно, что защищаемый (материально-правовой) интерес существует и подлежит защите, если истцу удастся доказать факт нарушения. В современном процессе, который основан не на системе исков, а на системе норм (правил поведения), в момент предъявления иска неясно не только то, сможет ли истец доказать факт нарушения права, но и то, существует ли это право вообще.

[1] Pugliese G. «Res corporales», «res incorporales» e il problema del diritto soggettivo // Studi in onore di Vincenzo Arangio-Ruiz nel XLV anno del suo insegnamento. T. 3. Napoli: Jovene, 1953.

Указанное различие как раз и вытекает из того, что современные нормы права, как правило, сформулированы абстрактно. Кроме того, что ещё более важно, *actio* предоставлялось претором конкретному субъекту применительно к конкретному типу нарушения, поэтому, получив *actio*, истец получал подтверждение того, что его требование, если он докажет факты, основано на праве. В современном же праве право на предъявление иска может быть реализовано и тем, кто не является субъектом соответствующего права в материально-правовом смысле, т.е. вообще любым субъектом права. Это обусловлено отсутствием разделения процесса на стадии *in jure*, где определялось принципиально, заслуживает ли имущественный интерес защиты, и *in judicio*, где доказывался сам факт нарушения. В современном праве не существует предварительной стадии, в рамках которой определяется принципиальная приемлемость (юридическая обоснованность) требования о защите праве. В рамках самого судебного разбирательства и устанавливается юридическая обоснованность требования, и доказываются факты. По этой причине правом на предъявление иска должны обладать все субъекты частного права, ибо определить, кто из них является управомоченным в материально-правовом смысле, а кто – нет, представляется возможным исключительно в рамках самого процесса, а не до него.

Соответственно, именно специфическая структура римского процесса является базовым юридико-техническим препятствием, чтобы обнаружить в понятии «*actio*» признаки субъективного частного права в техническом смысле слова. *Actio,* как уже указывалось, представляет собой своеобразный гибрид субъективного частного права и процессуальной правоспособности в их современном понимании.

Вышесказанное, как представляется, позволяет понять, почему ссылки на наличие в римских источниках обозначений, свидетельствующих о принадлежности права конкретному субъекту, недостаточно, чтобы констатировать наличие в римском частном праве категории субъективного права. Этот вопрос не должен рассматриваться как исключительно терминологический[1]. Как уже неоднократно указывалось выше, в условиях римского права правила поведения формулировались косвенно, в результате деятельности претора, т.е. всегда определялись из конкретного контекста конкретного случая умаления чужой имущественной сферы. По этой причине правом в собственном смысле слова мог обладать лишь тот, кому претор предоставил *actio* по конкретному делу. Но если это так, то единственной формой проявления усмотрения субъекта (нарушенного) права будет только предъявление требования в суде *in judicio*. Так как право возникает после того, как претор признал просьбу о выдаче *actio* юридически обоснованной, а это происходит только после нарушения имущественного

[1] Как это делает Ч. Донахью-младший (см.: Donahue Ch., Jr. Ius in the Subjective Sense in Roman Law: Reflections on Villey and Tierney // A Ennio Cortese. T. 1 / A cura di D. Maffei et al. Roma, Il Cigno, 2001).

интереса, то сферой реализации *такого* права будет исключительно процесс, стадия конфликтного развития правоотношения. Следовательно, опять-таки трудно говорить в подобных условиях о существовании субъективного права как притязания управомоченного к обязанному или как правовой власти на донарушенной стадии развития правоотношения.

Можно попытаться оспорить этот тезис, опираясь на другую основную мысль Пульезе относительно того, что преторский эдикт может рассматриваться как содержащий нормы объективного права. В самом деле, если полагать, что претор заранее объявляет те типы имущественных интересов, которые он будет защищать в течение срока своих полномочий, то можно представить преторский эдикт в качестве совокупности норм объективного права (правил поведения), с помощью которых за субъектами могут закрепляться определённые поведенческие возможности. И эти возможности не будут вытекать из конкретных ситуаций, а оказываются сформулированными *in abstracto*, не применительно к конкретному случаю умаления чужой имущественной сферы, а для любых ситуаций нарушения определённого типа. С таких позиций можно считать, что претор формулирует своего рода «нормативную программу» защиты права, основываясь на которой субъекты частного права могут рассчитывать на предоставление иска в определённых заранее эдиктом случаях[1]. Таким образом, субъективным правом можно считать перспективу, определённые «виды» (*Aussicht auf actio*) на удовлетворение требования в суде[2].

В качестве подтверждения этой идеи анализируется определение *actio*, данное Цельзом: «*jus persequendi in judicio quod sibi debetur*». Современный сторонник рассматриваемой точки зрения Йоханнес Буххайм обращает внимание на два обстоятельства в этой связи. Во-первых, термин «*sibi debetur*», по его мнению, свидетельствует о наличии в понятии «*actio*» субъективно-правового компонента[3]. Этим термином фиксируется принадлежность возможности субъекту, а не просто факт создания нормой объективного права возможности впользу определённого лица. В последнем случае, полагает Буххайм, необходимо было бы использовать иную формулировку – не *quod sibi debetur*, а *quod se debetur*. Субъективизация же правовой возможности, трансформация *quod se debetur в quod sibi debetur* зависит от возможности получить от претора *actio*. Иными словами, в том случае если субъект может в принципе рассчитывать на получение *actio*, то его можно трактовать как носителя субъективного частного права. При этом не требуется, чтобы претор фактически уже предоставил *actio* в конкретном случае. Достаточно разумной возможности, что *actio* в подобном случае должно предоставляться, поскольку это следует из эдикта.

Таким элегантным образом Буххайм уходит от сформулированного выше возражения о том,

[1] Buchheim J. Actio, Anspruch, subjektives Recht. Tübingen: Mohr Siebeck, 2017. S. 32.
[2] Ibid. S. 33.
[3] Ibidem.

что *actio* в римском праве всегда «привязана» к конкретному нарушению и поэтому существует только в процессе. Если трактовать *actio* как абстрактную возможность получения *actio* и саму эту возможность и трактовать в качестве субъективного права, то различие между *actio* и субъективным правом если не исчезает, то ослабевает вполне в духе теории Пульезе[1].

Тем не менее трудно удержаться от мысли, что подобная теоретическая конструкция носит слишком современный характер, чтобы основывать на ней представления римских юристов. Речь ведь по существу идёт о некотором варианте эвентуального права на иск совершенно в духе известной теории субъективного (частного) права Августа Тона. Сам по себе факт, что определённое правовое предписание создаёт определённые правовые возможности (свободы определённого поведения) у определённого лица, недостаточен для того, чтобы квалифицировать предоставляемую юридическую возможность в качестве субъективного частного права в техническом смысле слова. Субъективизация указанной правовой возможности имеет место только в том случае, если защита её от нарушений (путём предъявления требования в суд) оставлена на усмотрение субъекта этой юридической возможности. Только таким образом *quod se debetur* превращается в *quod sibi debetur*. Но возможность предъявления требования о защите права, как уже указывалось, при подобном его понимании возникает не в момент нарушения или в момент выдачи претором *actio*, а до этого, как абстрактная возможность получить защиту в случае нарушения.

Проблема состоит в том, что существуют серьёзные сомнения, что римляне могли оперировать абстракциями подобного рода. Как уже многократно указывалось выше, весь римский частноправовой механизм фокусировался на конфликтной стадии, на этапе защиты права. Регулирование было следствием защиты, а не наоборот. По указанной причине представления о преторском эдикте как нормативном акте современного права, который содержит правила поведения, – это слишком современный взгляд на римское частное право. Думается, что прав был Виндшайд, когда он в полемике с Мутером указывал, что даже применительно к *actiones civiles* реальным моментом возникновения правового предписания является выдача претором *actio* по конкретному делу, даже если предоставление *actio* основывается на *jus civile*[2].

Конечно, подобное понимание соотношения правотворчества и правоприменения, субъективного и объективного права, существования права и его принудительного осуществления, при котором они не разделяются строго дихотомически и не

---

[1] Теоретическим источником конструкции Буххайма, строго говоря, следует считать не столько взгляды Пульезе, сколько теорию субъективного права Августа Тона, который трактовал его именно как возможность обратиться за защитой нарушенного права, как возможность иска в материально-правовом смысле, которую он именовал притязанием (см.: Thon A. Rechtsnorm und subjektives Recht. Weimar: Böhlau, 1878).

[2] Windscheid B. Die actio: Abwehr gegen dr. Theodor Muther. Düsseldorf: Buddeus, 1857. S. 30.

рассматриваются в качестве структурных оппозиций, радикально противоречит современному взгляду на вещи. Но речь идёт о древней правовой системе, в которой именно правозащита оказывалась локусом всей юридической активности и точкой отсчёта для любых юридических категорий.

Может ли идея субъективного частного права как эвентуального права на иск рассматриваться как вариант описания реалий римского права с современных позиций? Иными словами, речь идёт не о том, чтобы утверждать, что в римском праве и в самом деле субъективные права понимались как эвентуальные иски, а о том, что такое теоретическое описание римской реальности логически возможно и аналитически корректно в принципе. Этот вопрос выводит нас на ещё один аргумент, который весьма популярен и является устойчивым убеждением в среде романистов. Это даже не аргумент, а некоторая методологическая позиция, с точки зрения которой значительное число романистов и смотрит на возможность существования субъективного права в римском частном праве.

Довольно часто ведущие романисты подходят к рассматриваемой проблеме просто как к сугубо терминологической или лингвистической. С этой точки зрения субъективное право представляет собой исключительно определённый *способ описания* статуса управомоченного субъекта. Можно сказать, что соответствующий субъект выступает в качестве выгодоприобретателя правового предписания, которое предоставляет ему определённую поведенческую возможность. А можно сказать, что за ним закрепляется субъективное частное право. Вопрос переносится в плоскость выбора языка описания. Можно выбрать объективно-правовой модус, а можно – субъективно-правовой. В этом смысле с методической точки зрения они совершенно равнозначны. Характерно замечание классика современной романистики, германского правоведа Макса Казера: «Субъективно-правовой аспект *jus* такой же древний или немногим моложе, чем его объективно-правовой аспект»[1].

Это довольно часто встречающийся мотив среди романистов. Он находит выражение, например, в попытках дать ответ на рассматриваемый вопрос на основе анализа словоупотребления в источниках. Допустим, если существуют в источниках выражения «*jus successionis*», «*jus creditoris*», «*jus habere*» или «*meum jus*», которые указывают на возможность их истолкования в субъективно-правовом смысле, то сама *возможность* их интерпретации в субъективно-правовом духе оказывается достаточной для признания правомерности постановки вопроса о существовании субъективных прав в римском частном праве.

Очевидно, однако, что и современные континентальные частноправовые порядки можно при желании описать посредством римских *actiones*, а не с помощью понятий правил поведения и

[1] Kaser M. Zum ‘jus’-Begriff der Römer // Acta Juridica 1977 (Essays in Honour of Ben Beinart). Vol. II. CapeTown: Juta & Co., 1977. S. 69; аналогично и Пульезе (см.: Pugliese G. «Res corporales», «res incorporales» e il problema del dirittosoggettivo. P. 223).

субъективных частных прав[1]. И это может быть вполне теоретически корректное описание. Весь вопрос в том, является ли это теоретическое описание исторически адекватным тому явлению, которое оно описывает. Разумеется, подобного рода теоретические реконструкции не только допустимы, но и крайне полезны. Но каждый подобный случай требует серьёзной аргументации в защиту того, что данный тип теоретического описания следует предпочесть альтернативному. Иначе получается, что исследователь находит подходящие для обоснования его позиции термины, ссылается на них, утверждая при этом, что трактовать их в подобном ключе возможно, а следовательно, его позиция верна. Но ведь из того, что данный способ описания возможен, не следует автоматически, что именно его и следует предпочесть.

Как представляется, романисты склонны модернизировать римские представления о праве, поскольку так проще и нагляднее доказывать актуальность и важность современного изучения наследия римского частного права. Этот мотив очень чувствуется и в подходе к анализу рассматриваемой проблемы. Тот факт, что из лингвистического анализа может вытекать признание источниками форм индивидуального обладания правами, не влечёт сам по себе автоматического вывода в пользу признания фигуры субъективного права в римском частном праве. Как уже многократно указывалось выше, сам характер защиты права в римских условиях диктовал вполне определённый способ формулирования правовых предписаний. Предписания формулировались как средства защиты, предоставленные конкретным лицам по конкретным основаниям. Естественно, что они формулировались как принадлежащие этим конкретным лицам. Но при этом нужно помнить всё то, что было сказано выше. В частности, указанные средства защиты могли фигурировать исключительно на нарушенной стадии. До этого момента в силу особенностей структуры римского механизма защиты права соответствующие юридические возможности не могли рассматриваться как принадлежащие соответствующему субъекту.

Иначе говоря, исключительно лингвистический анализ текстов источников, как и признание теоретической возможности описания римской правовой реальности в терминах субъективных частных прав, сам по себе не может быть аргументом в пользу истинности такого описания, по крайней мере без приведения дополнительной аргументации содержательного свойства.

Вместе с тем позиции Пульезе, Буххайма и других сторонников тезиса о существовании категории субъективного права в римском праве и римской юриспруденции имеют определённую объективную основу. Речь, на мой взгляд, идёт о том, что римское право довольно последовательно проводило принципы автономии воли и диспозитивности, но делало это в своеобразной манере, а именно главным образом на стадии нарушения имущественного интереса субъекта. Именно это и подметил Виндшайд, полагавший, что римское понятие

[1] Bucher E. Für mehr Aktionendenken // Archiv für die civilistische Praxis (AcP). 1986. Bd. 186. S. 1–73.

«*actio*» следует понимать как древний эквивалент не понятия иска, а понятия притязания как требования управомоченного к обязанному.

В самом деле, с современной точки зрения именно распоряжаемость правами является основным проявлением инициативы и автономии субъекта частного права. Применительно к современным условиям эти черты инициативы и автономии проявляются в том, что управомоченному лицу, носителю субъективного частного права принадлежит свобода усмотрения в определении юридической судьбы принадлежащего ему права. Эти правомочия распорядительного характера существуют как на донарушенной, так и на нарушенной стадии развития соответствующего правоотношения. Ключевое отличие римского права, как мы уже имели возможность убедиться выше, состоит в том, что проявления инициативы на донарушенной стадии не рассматривались как сугубо юридические явления, тем более онине рассматривались как атрибуты, свойства или способности субъекта частного права. Но этововсе не означает, что таким же образом дело обстояло с проявлениями инициативы управомоченного на нарушенной стадии развития правоотношения. Иными словами, управомоченному безусловно принадлежала распорядительная способность относительно средств защиты нарушенного интереса, т.е. *actio*.

Этой трактовке вроде бы противоречит точка зрения Вилле, который полагал, что понятия власти или способности (*potestas, facultas*) хотя и существовали как сугубо фактические явления в практике римского социума, но никогда не признавались как юридические категории[1]. По мнению Вилле, римское право исходило из сугубо объективистской трактовки правопорядка. Право в такой его интерпретации рассматривается как «справедливая мера», *id quod justum.* Соответственно, основное назначение права состоит в том, чтобы определять взаимные границы статусов субъектов права относительно друг друга. При этом сам правовой статус трактуется в объективном духе. Тот же факт, что наличие определённого правового статуса создаёт для соответствующего субъекта возможности определённого поведения, не означает, что эти возможности поведения рассматривались в римском частном праве как правовая власть. Например, статус *paterfamilias* создавал у его носителя весьма широкий спектр возможностей, которые с полным основанием можно охарактеризовать как власть в отношении членов семьи. Однако, по мнению Вилле, эта власть не квалифицировалась как *правовая,* оставаясь лишь фактической. Функция права, по мнению Вилле, – создавать границы между правовыми статусами и правовыми режимами лиц и вещей. Те же фактические возможности, которые появлялись у субъектов частного права в результате такого «справедливого распределения» статусов и режимов, должны были трактоваться именно как *фактические*

[1] Villey M. La formation de la pensée juridique moderne. P. 245–247.

возможности, а не как правовая власть, принадлежащая определённым субъектам[1].

Эта схема выглядит вполне убедительной, но она не рассматривает важнейший элемент реализации правовой власти управомоченного, а именно инициативу и свободу усмотрения относительно принудительного осуществления и защиты права. Поскольку речь в данном случае идет о защите права, т.е. о предоставляемых правопорядком (буквально – претором) возможностях, трудно не квалифицировать такого рода возможности в качестве юридических. По существу право на защиту представляет собой чистый и искусственный продукт «работы» правовой системы. Если можно «фактически обладать» вещью, то «фактически обладать» средством защиты права невозможно. Это своего рода «виртуальная реальность», продукт функционирования правопорядка. По этой причине трудно квалифицировать правовые возможности относительно защиты права как сугубо фактическую власть. Здесь нет вообще ничего фактического.

Поэтому если трактовка Вилле крайне убедительна применительно к донарушенной стадии развития отношений, то она не может быть принята как адекватное описание развития событий на нарушенной стадии. Именно здесь, как представляется, следует констатировать максимальное проявление принципа диспозитивности частного права, а следовательно, и эмбриональные формы проявления субъективного права.

* * *

1. Понятие субъективного права в техническом смысле слова не было известно римскому частному праву, поскольку последнее как правовая система представляло собой не систему правил поведения, объективно-правовых предписаний, а, скорее, систему средств защиты против умаления различных типов имущественных интересов.

2. Сама структура системы правозащиты в римском частном праве, а именно деление процесса защиты на две стадии (обращение к претору с просьбой выдачи *actio*, рассмотрение дела претором и предоставление *actio*, стадия *in jure*; вынесение судом решения на основе формулы претора в случае доказанности фактических обстоятельств, стадия *in judicio*), препятствовала появлению конструкции субъективного права, поскольку правовые возможности управомоченного ограничивались лишь конфликтной стадией развития правоотношения.

3. Основным препятствием для формирования категории субъективного права в римском частном праве, следовательно, было то, что оно недостаточно чётко различало правотворчество и правоприменение, объективное и субъективное право, а также существование и принудительное осуществление права.

4. Основные доводы в пользу признания категории субъективного права в римском

[1] Ibid. P. 247.

частном праве выдвигаются романистами, которые, как представляется, склонны модернизировать римские представления о правонаделении, либо основываются на несколько упрощённом представлении о субъективном праве (трактуемом просто как рефлекс права объективного), либо предполагают использование аргументов, основанных на лингвистическом анализе употребления терминов в текстах источников.

5. Тем не менее эмбриональной формой проявления категории субъективного права в римском частном праве следует считать принадлежащую управомоченному лицу свободу распоряжения средством защиты (*actio*) на нарушенной стадии развития имущественного отношения.

1.2. Концепции субъективного частного права в европейской науке частного права (VI–XVIII вв.) и альтернативные модели субъективного частного права

Самая ранняя встречающаяся в литературе датировка момента возникновения категории субъективного (частного) права в постримской юриспруденции относит его к VI в. н. э. Речь идёт о так называемом парафразе Теофила – греческом переводе Институций Юстиниана, автором которого считают одного из разработчиков *Corpus Juris Civilis,* константинопольского правоведа Теофила. Среди прочего Теофил меняет порядок расположения материала Институций. Как известно, Институции Гая основаны на трихотомии «лица / вещи / иски». Это деление вызывало и продолжает вызывать трудности в интерпретации[1]. В частности, *obligationes* рассматривались Гаем в качестве разновидности *res*. Теофил предложил аргументы, которые в конечном счёте привели к изменению порядка расположения материала и появлению самостоятельной рубрики *obligationes* между *res* и *actiones*. После рассмотрения категории вещей Теофил переходит к обязательствам, а в качестве обоснования перехода от вещей к обязательствам, а не к искам (как это предполагала классификация Гая) указывает, что обязательства и иски связаны между собой. Понятно, что включение обязательств в рубрику вещей вызывало вопросы и требовало обоснования. Именно эту проблему чувствует необходимость решить Теофил.

Интересно обоснование, которое Теофил использовал для такого рода реструктурирования. По мнению константинопольского правоведа, *actiones* и *obligationes* оказываются тесно связанными друг с другом, причём в такой степени связанными, что, говоря об *obligationes,* подразумеваются и *actiones,* потому что, как полагает Теофил, *obligatio* представляет собой материнскую категорию по отношению к *actio*[2].

Аффольтер считает, что именно парафраз Теофила и является моментом возникновения категории субъективного права в европейской науке частного права[3]. Аналогия между *actio* и *obligatio* могла возникнуть лишь в том случае, если не принимался в расчёт объективно-правовой характер трихотомии Гая, в которой обязательства трактовались в качестве разновидности вещей. Альтернативная же интерпретация Теофила предполагает, что между вещами и обязательствами меньше общего, чем между обязательствами и средствами защиты, исками. В таком случае, очевидно, этой общей чертой, объединяющей две последние категории, будет именно то, что и в том, и в другом случае речь идёт о праве требовать определённого

---

[1] Giglio F. Coherence an Corporeality – On Gaius II, 12–14 // Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung. 2013. Bd. 130. S. 127–163.

[2] Буквально: «*obligatio* является матерью *actio*». Перевод соответствующего высказывания Теофила содержится в монографии Аффольтера (см.: Affolter F.X. Das römische Institutionen-System, sein Wesen und seine Geschichte. Berlin, Puttkammer & Mülbrecht, 1897. S. 70).

[3] Ibid. S. 71.

поведения, обращённого к обязанному лицу. Применительно к *actiones* речь идёт о праве требовать принудительного осуществления (защиты) нарушенного права. Применительно же к *obligationes* речь, очевидно, должна идти о праве требования на донарушенной стадии. Терминологически это выражается следующим образом: применительно к *obligationes* смысл этой категории раскрывается как *dare, facere, praestare* (D. 44.7.3). Те же формулировки применяются к *actiones in personam* (*Gai.* Inst. 4.2). *Obligatio* понимается как *juris vinculum*, а в отношении *actio* употребляется сходное по смыслу выражение «*actione teneri*»[1].

Более того, если обязательство должно рассматриваться в качестве родовой («материнской») категории по отношению к средству защиты (*actio*), то именно право требования определённого поведения от должника должно быть основанием возможности требовать принудительного осуществления этого права в случае его неисполнения добровольно. Все это даёт основания для интерпретации парафраза Теофила в том смысле, что константинопольский правовед впервые вычленил понятие права требования в субъективно-правовом смысле.

Господствующее мнение, однако, не склонно соглашаться с логикой Аффольтера и не считает парафраз Теофила моментом возникновения категории субъективного частного права. К примеру, указывается на экзегетический характер науки частного права в Средние века вообще и в византийской традиции в частности. В отличие от классического римского права, в котором теоретические конструкции и категориальный аппарат частного права были производны от социальной реальности, от практики развития имущественного оборота, средневековая частноправовая традиция работала главным образом с авторитетными текстами[2]. В подобных условиях теоретические инновации, подобные формированию категории субъективного частного права, права субъекта, были просто невозможны. Задача науки частного права того периода заключалась в том, чтобы максимально точно и непротиворечиво передать смысл авторитетного текста (Священного Писания для теологии, *Corpus Juris Civilis* для юриспруденции). Если считать, что римское право не знало категории субъективного частного права в техническом смысле слова, то и средневековая наука не могла истолковать в столь инновативном ключе. Для подобного рода интерпретации необходимо было бы отказаться от представления, в соответствии с которым авторитетный текст сам по себе даёт ответы на все вопросы. В рамках правовой традиции, видящей свою задачу исключительно в систематизации правового материала, появление новой правовой категории, знаменующей переход от объективно-правовой трактовки институтов частного права к их интерпретации в качестве разновидностей субъективно-правовых возможностей, выглядит слишком

[1] Dubischar R. Über die Grundlagen der schulsystematischen Zweiteilung der Rechte in sogenannte absolute und relative: Ein dogmengeschichtlicher Beitrag zur Lehre vom subjektiven Privatrecht. Tübingen: Präzis, 1961. S. 28.
[2] Fezer K.-H. Op. cit. S. 143.

революционным[1].

Как работала средневековая наука частного права, можно продемонстрировать, обратившись к эпохе глоссаторов, которые также предпринимали попытку теоретического осмысления классификации и институтов частного права на основе интерпретации авторитетных текстов римского права.

Прежде всего именно Средние века знаменуют переход от системы принудительного осуществления гражданских прав к системе правил поведения, объективно-правовых норм частного права[2]. Соответственно, римские *actiones* подверглись интерпретации в объективно-правовом духе. Для этой цели глоссаторы использовали специфическую философскую технику того времени – аристотелево-томистское учение о четырёх причинах.

По мнению Аристотеля и Фомы Аквинского, мир состоит из индивидуальных вещей, которые именуются субстанциями. Всё вокруг – деревья, люди, камни – представляет собой субстанции. В каждой субстанции заложена способность развиваться определённым образом. Семя дерева может стать деревом, но не человеком. Соответственно, направление эволюции каждого типа субстанции определяется её *целью*, или целевой причиной. Каждая субстанция ведёт себя определённым образом, и возможность вести себя определённым, а не другим образом заложена внутри субстанции, а не вне её, определяется её *формой.* Форма составляет формальную причину субстанции. При помощи формы цель соединяется с материей. Форма придаёт индивидуальность субстанции, а также определённую телеологию. Потеря формы означает потерю идентичности вещи. Например, если вещь сгорела, то, превратившись в золу, она утратила субстанциальную форму. Материальная причина – это материальный субстрат, которой оформляется при помощи формы. Дерево и стол, например, имеют одну и ту же материальную причину – дерево, но разные формы, которые и делают их разными типами субстанций, подчинёнными разным типам целей. Наконец, четвёртый тип причин – «действующая причина» (*causa effeciens*) – представляет собой то, что непосредственно влечёт возникновение определённой субстанциальной формы. Например, семя, брошенное в землю, представляет собой эффективную причину дерева[3].

Глоссаторы использовали понятие материальной причины для того, что интерпретировать римские *actiones* в объективно-правовом ключе. *Actio* с этой точки зрения, как и любой другой предмет, должно быть подчинено метафизике четырёх причин. *Obligatio* стала трактоваться как материальная причина *actio*. При помощи этой интерпретации глоссаторы попытались решить проблему соотношения вещей и обязательств в классификации

[1] Ibid. S. 145.
[2] Bucher E. Für mehr Aktionendenken // Archiv für die civilistische Praxis (AcP). 1986. Bd. 186.
[3] Подробнее об учении о четырех причинах и его влиянии на европейскую традицию частного права см., например: Gordley J. The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine. Oxford: Oxford University Press, 1991. P. 17.

Гая. Это поразительным образом, даже по терминологии («мать» и «материальная причина» соответственно), напоминало парафраз Теофила. Как утверждают исследователи, прямого влияния текста Теофила на глоссаторов не могло быть[1], поскольку текст Теофила появился в Западной Европе в 1534 г. на греческом языке, а в 1536 г. в латинском переводе[2].

Сходство независимых друг от друга решений, вероятно, должно быть объяснено сходством задач поиска объективно-правовой основы институтов частного права. Само стремление найти эту объективно-правовую основу исследователи связывают с влиянием этической доктрины христианства на право. Иными словами, для того, чтобы реинтерпретировать классическую римскую систему принудительного осуществления прав (*actiones*) в систему правил поведения, необходимо было опираться на христианскую модель заповедей, декалога[3]. Правовая реальность стала трактоваться именно как *порядок, космос,* как нечто, производное от божественного порядка, от правил. В то же время римский акцент на принудительном осуществлении прав, на *конфликтной стадии развития* отношений субъектов не приветствовался с точки зрения христианской этики. Конфликт начал рассматриваться не как естественное состояние отношений в социуме, а как аномалия, нежелательное явление, то, чего следует избегать. Таким образом, правовой порядок стал рассматриваться в качестве «эманации» высшего божественного порядка.

Этот серьёзный семантический сдвиг в понимании права, функций правовой системы привёл к необходимости заново определять взаимное соотношение некоторых базовых категорий римского права. Так, Гельмут Коинг обратил внимание на фрагмент глоссы Институций (Inst. 4.6), который следующим образом трактует соотношение права и средства защиты права: «*Nota quod actio est jus, quo persequimur, sed obligatio est jus, propter quod persequimur*». В тексте чётко различаются средство защиты права (*jus, quo persequimur*) и материальное право (*jus, propter quod persequimur*). Средство защиты трактуется как право, посредством которого осуществляется защита, а материальное право (опять отождествляемое с обязательством) трактуется как право, на основе которого предоставляется защита. Соответственно, материальное право может рассматриваться в качестве «материальной причины» средства защиты (*mater et causa actionis*).

Вероятно, здесь мы наблюдаем важное свидетельство перехода к материально-правовой трактовке частноправовых институтов[4]. Это подтверждает гипотезу о переходе к объективно-правовому пониманию частноправовых институтов. Однако, по мнению большинства

---

[1] Wieacker F. Privatrechtsgeschichte der Neuzeit: unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1996. S. 53.
[2] Fezer K.-H. Op. cit. S. 149.
[3] Bucher E. Für mehr Aktionendenken. S. 7.
[4] Coing H. Zur Geschichte des Begriffs «subjektives Recht» // Coing H., Lawson F.H., Grönfors K. Dassubjektive Recht und der Rechtsschutz der Persönlichkeit. Frankfurt am Main: Alfred Metzner, 1959. S. 13.

исследователей, речь ещё не может идти о субъективно-правовом характере соответствующих понятий[1].

Одним из косвенных подтверждений этого переходного состояния средневековой системы цивилистических институтов и категорий служит уже тот примечательный факт, чтои парафраз Теофила, и учение глоссаторов об обязательстве как «материальной причине» *actio* касались не всех разновидностей *jura*, а исключительно *obligationes*. Если предположить, что *actio* мыслилась как эманация субъективного права, то, очевидно, не только обязательства, но и, например, вещные права (включая права собственности) должны рассматриваться в качестве материальной причины соответствующих средств защиты (*actiones*). Между тем первоначально иски обсуждались исключительно в связи с обязательствами. Не предпринималось попытки поставить вопрос, например, о *causa materialis* виндикационного иска[2].

Вероятнее всего, в данном случае мы имеем дело с длинным социальным процессом, началом которого были лишь попытки интерпретации авторитетных текстов с целью сделать их понимание более транспарентным. Уже отмечалось, что именно проблема места обязательств в системе Гая вызывала наибольшее напряжение. Если отсутствие *dominium* (одновременно с наличием почти всех важных ограниченных вещных прав) в составе вещей (*rei*) ещё можно как-то обосновать и с современных позиций[3], то присутствие обязательств в том же разделе вызывает очевидные сомнения. Именно на разрешение этой проблемы и была направлена активность средневековой науки частного права. При этом надо иметь в виду, что активность эта осуществлялась преимущественно в форме экзегетики и формально-логической систематизации, осуществляемых в основном с целью устранить видимые противоречия в авторитетных источниках. Иными словами, вероятнее всего, первоначально задача не ставилась в терминах формирования материально-правовых эквивалентов процессуальных средств защиты (*actiones* римского права). Речь скорее шла о попытке чётче и яснее артикулировать взаимосвязь *actiones* и *obligationes*, потому что статус *obligationes* вызывал наибольшие вопросы.

Однако на следующем этапе был поставлен и вопрос о том, что *actiones*, строго говоря, относятся не только к обязательствам, но и ко всем разновидностям частных прав. В структурном отношении это приобрело форму обособления *obligationes* в качестве самостоятельной третьей классификационной категории, располагающейся между вещами и исками. Таким образом, в течение некоторого времени популярные классификационные схемы частноправовых институтов состояли из четырёх субкатегорий: лица / вещи / обязательства / иски. Такую структуру имел, например, Брахилог – популярный в позднем Средневековье

[1] Dubischar R. Op. cit. S. 30–41.
[2] Ibid. S. 35.
[3] Giglio F. Op. cit.

краткий свод римского права[1].

Подобная модель таксономии также носит переходный характер. С одной стороны, в ней сохранены базовые элементы классической схемы Гая. Это получило выражение, вчастности, в сохранении всех трёх субкатегорий трихотомии Гая. Но чувствуется и новая интенция. Просто так «втиснуть» категорию обязательства между категориями вещи и иска и не изменить семантику последних невозможно. Очевидно направление эволюции: движение идёт от трихотомии «лица / вещи / иски» к дихотомии «вещные права / обязательственные права». Однако пока этому препятствуют не прояснённый до конца статус категории «лица» и противоречивый состав категории «вещи», в рамках которой объединяются телесные вещи и права.

Наиболее очевидным образом это противоречие получило выражение в теоретическом наследии выдающегося представителя французской школы «гуманистической юриспруденции» Гуго Донелла. Два основных достижения Донелла в развитии цивилистической мысли напрямую касаются проблематики теории субъективного частного права[2]. Речь идёт о первом теоретически зрелом варианте последовательного разделения материального (частного) права и процесса. Второй крупный вклад Донелла в европейскую науку частного права касается произведённого им первого в её истории обоснования существования в частном праве института защиты личных (неимущественных) благ[3].

Донелл известен в основном и прежде всего как систематик частного права[4]. Гуманистическая юриспруденция отличалась от предшествующей средневековой традиции частноправовой мысли главным образом большей самостоятельностью и критическим отношением к этой традиции. Главное, что изменилось, – авторитетный текст (источников права) утратил самодостаточность. Теперь, чтобы продемонстрировать убедительность того или иного юридического аргумента, ссылки на авторитетный текст стало недостаточно – необходимо было тем или иным способом продемонстрировать *рациональность* соответствующего аргумента. Легитимация частноправовых конструкций и институтов приобретает всё более рефлексивный и рациональный характер, эволюционируя от доказательств *ratione imperii* к обоснованиям *imperii rationis.*

Одним из вариантов такого рода рационализации науки частного права и является теория Донелла. В её основу Донелл положил рационализацию посредством широкого использования таксономий и классификаций. Всё содержание частного права Донеллу удаётся

---

[1] Dubischar R. Op. cit. S. 43.
[2] Fezer K.-H. Op. cit. S. 166–167.
[3] Термин «личные (неимущественные) права» не используется в данном контексте как раз по причине дискуссионного характера вопроса относительно того, в какой мере можно признать наличие конструкции субъективного частного права в концепции Донелла.
[4] Gordley J. The Jurists: A Critical History. P. 120.

передать посредством серии таксономий, с помощью которых классифицируются основные институты частного права. При этом таксономии далеко не всегда отсылают к каким-то основополагающим принципам частного права. Скорее речь идёт о попытке упростить содержание частноправовых правил и институтов, сделать их понимание доступнее и понятнее для гораздо более взыскательного (чем средневековое) правового сознания раннего Нового времени. Иначе говоря, классификации и дистинкции Донелла представляли собой нечто вроде *плана местности,* с помощью которого можно было, часто многое упрощая, сориентироваться на ней. Важность этого типа научной рациональности не следует преуменьшать. Не случайно одним из самых внимательных читателей текстов Донелла был не кто иной, как Фридрих Карл фон Савиньи.

Донеллу впервые удалось чётко и окончательным образом отделить материальное частное право от процесса. На уровне систематики это получило выражение в том, что рубрика *actiones* утратила самостоятельный характер. Поскольку средства защиты, иски касаются всех видов гражданских прав и относятся ко всем видам гражданско-правовых институтов, логичнее рассматривать защиту применительно к каждому из основных частноправовых институтов. Этот радикальный вывод завершил длительный процесс формирования современной систематики частного права и перехода от трихотомии (лица / вещи / иски) к дихотомии (вещные права / обязательственные права).

Как мы уже имели возможность убедиться выше, промежуточным этапом этой исторической эволюции являлись обособление категории обязательств и переход от трёхэлементной к четырёхэлементной классификации. Однако последняя не могла обладать стабильностью, прежде всего вследствие неприязненных оснований соотношения между обязательствами и исками и сложностями внутри категории вещей.

Окончательно эта проблема могла быть разрешена исключительно посредством отказа от самостоятельной рубрики исков. Но это, в свою очередь, повлекло и отказ от самостоятельности рубрики лиц. Основу новой классификации составили категории «вещи» и «обязательства».

Строго говоря, Донелл классифицирует не права (вещные и обязательственные), а имущественные блага. Тем не менее в этих классификациях в полной мере отражается новаторский подход. Прежде всего Донелл классифицирует виды принадлежащего субъекту имущества (*id, quod nostrum est*) на две группы: «*Id, quod nostrum cujusque est, duplex est. Est enim, quod vere et proprie nostrum sit: est etiam, quod nobis debeatur*»[1]. Иными словами, впервые имущественная сфера субъекта частного права определяется через структуру принадлежащих ему имущественных прав. Виды имущества классифицируются в зависимости от типов

[1] Fezer K.-H. Op. cit. S. 168–169.

юридических возможностей, которые мыслимы в отношении соответствующего типа имущества. В данном случае мы совершенно чётко различаем зачатки будущей классификации вещных и обязательственных прав: *id, quod vere et proprie nostrum est* отражает абсолютно-правовой тип господства над объектами, в то время как *quod nobis debeatur* прямо отсылает к обязательственно-правовому типу юридических возможностей. Немаловажным следствием такого подхода стало то, что эта дихотомия между двумя видами прав и составляет, с точки зрения Донелла, основную классификацию частноправовых институтов. Иными словами, впервые на концептуальном уровне выдвинуто представление о частном праве как различных способах господства субъектов над объектами. По сравнению со своими средневековыми предшественниками, Донелл сделал ещё один серьёзный шаг вперед в направлении формирования конструкции субъективного права. Если в предшествующий период римские *actiones* переводились на язык материального права, то Донелл впервые предложил рассматривать все институты частного права как различные виды господства субъектов над объектами. По этой логике именно понятие господства субъекта над объектом становится ключевой абстракцией, с которой следует начинать изложение содержания частного права, его институтов и конструкций.

Тем не менее обращает на себя внимание и то немаловажное обстоятельство, что Донелл классифицирует то, что мы в современных условиях именуем объектами гражданских прав. *Quod nostrum* – это по существу виды имущества, а не виды прав на него. Это выглядит несколько странно, ведь основу рассматриваемой дихотомии составляет именно структура юридических возможностей, а не разновидности объектов гражданских прав. Другими словами, мы отделяем *quod nostrum* в зависимости от юридического содержания возможности обладания, *по типу юридического господства.* Только при подобной трактовке становится понятным отличие внутри категории *quod nostrum.*

Вероятнее всего, это противоречие является косвенным свидетельством того, что Донелл не использовал категорию субъективного частного права в техническом смысле в качестве основы своей классификации. Несмотря на то что классификация по типам господства уже вполне подразумевает само понятие типа господства субъекта над объектом, что и выражает категория субъективного частного права, тем не менее классификация остаётся привязанной к объектам. В этом отражается переходный характер доктрины Донелла. С одной стороны, классификация остаётся структурированной вокруг типов объектов, как это имело место ранее. С другой стороны, эти типы объектов репрезентируются через типы юридических возможностей в отношении этих объектов.

Если пытаться определить этот странный теоретический гибрид в современных понятиях, то, пожалуй, можно с известной долей условности утверждать, что в данном случае мы впервые

встречаемся с тем, что сейчас именуется *рефлексом норм объективного права.* Речь идёт о ситуации, когда норма объективного права закрепляет за каким-либо субъектом юридическую возможность (возможность определённого поведения). При этом указанная юридическая возможность ещё не мыслится в качестве субъективно-правовой в техническом смысле слова, т.е. *принадлежащей субъекту*, выступающей как следствие осуществляемого им юридического господства. Самый очевидный пример из современной цивилистики – правовой статус выгодоприобретателя в рамках обязательств, исполнение по которым производится в пользу третьего лица. Термин «рефлекс» как раз хорошо фиксирует смысл этого различия: выгодоприобретатель не является управомоченным в техническом смысле, не обладает правом требования, а приобретает благо, которое закрепляет за ним норма объективного права.

Разница между современным правом и концепцией Донелла, вероятно, состоит в следующем: в современном частном праве такого рода юридические конструкции встречаются, но не составляют абсолютного большинства. У Донелла же, напротив, все виды юридических возможностей в частном праве мыслятся в духе рефлексов объективного права. В то же время, несомненно, чувствуется некоторая тенденция в направлении субъективно-правовой конструкции. Это получило выражение, в частности, в трактовке личных неимущественных благ как элементов *jus nostrum*: «*Nam, cum jus nostrum cujusquepositum sit partim in persona ipsa cujusque, partim in rebus externis; juris autem nostri obtinendiratio consistat in judiciis*»[1]. В данном случае чувствуется персонализация благ, движение в направлении субъективного принципа. Более того, сама юридическая возможность получает уже вполне привычное для нас определение с помощью понятия *способности*: *facultas et potestas jure tributa*[2]. Но целью Донелла, как отмечают авторитетные исследователи, всё жебыла не столько попытка реорганизовать традиционную частноправовую систематику таким образом, чтобы в её основе лежала категория господства субъекта над объектом. Основной задачей Донелл, скорее всего, считал создание нового рационального и относительно простого способа изложения частного права[3]. Категория же господства субъекта над объектом, имплицитно содержащаяся в этих классификациях в качестве их основного принципа, была скорее полочным продуктом проекта Гуго Донелла.

При этом очевидно, что предложенная Донеллом классификация частноправовых институтов неявным образом опирается на понимание права как способности или атрибута субъекта. Эта теоретическая конструкция была разработана не цивилистами, а средневековыми теологами.

Использование терминов «*способность*», «*правовая власть*» для описания

[1] Fezer K.-H. Op. cit. S. 169.
[2] Ibid. S. 171.
[3] Gordley J. The Jurists: A Critical History. P. 125.

юридических возможностей субъектов частного права представляет собой серьёзный шаг в направлении субъективно-правовой трактовки частного права. Не следует ли считать, что рефлекс объективно-правового предписания тогда превращается в конструкцию субъективного частного права в техническом смысле, когда содержание юридической возможности начинают описывать как *facultas* или *potestas?* Чтобы ответить на этот вопрос, необходимо обратиться к рассмотрению ещё одного сюжета эволюции средневековой и раннемодерной теории. Речь идёт как раз о генезисе понятия способности (определённого) поведения.

При этом необходимо иметь в виду, что в эпоху Средних веков дискуссии, связанные с понятиями юридической возможности, способности или господства, велись параллельно на нескольких «треках». Наряду с собственно цивилистической линией, основанной главным образом на интерпретации и систематизации авторитетных текстов римского права, существовала ещё и глубокая и разнообразная теологическая традиция, в рамках которой вырабатывались интересные теоретические конструкции, имеющие прямое и непосредственное отношение к генезису конструкции субъективного частного права.

Интересную попытку проследить генезис конструкции субъективного права в средневековой традиции канонического права предпринял Брайан Тирни. Основной тезис Тирни состоит в том, что формирование понятия субъективного права как специфической способности субъекта является результатом сложной исторической эволюции, начало которой было положено в каноническом праве примерно в XI–XII вв.[1] В трудах канонистов, главным образом комментирующих авторитетный свод норм канонического права XII в. – Кодекс Грациана, можно впервые обнаружить понимание права в субъективном смысле. Тирни выделяет несколько сюжетов такого рода.

Во-первых, дискуссия о генезисе частной собственности, в рамках которой возникла идея дозволительного естественного права. Чтобы ответить на вопрос, каким образом возникла частная собственность, канонисты предложили идею, согласно которой первоначальный режим общности имущества имел диспозитивный характер, т.е. мог быть изменён соглашением субъектов[2]. Соответственно, режим дозволительности предполагает наличие у субъектов права свободы выбора, в данном случае свободы выбора относительно перехода из режима общности имущества в режим частной собственности. А свобода выбора в соответствии с современными представлениями о субъективном праве и составляет его концептуальную основу[3]. По этой причине, полагает Тирни, мы имеем полное право квалифицировать рассматриваемый феномен

[1] Tierney B. The Idea of Natural Rights: Studies on Natural Rights, Natural Law, and Church Law 1150–1625. Grand Rapids: Wm. B. Eerdmans Pub., 1997.
[2] Ibid. P. 43–77.
[3] Ibid. P. 66.

в качестве субъективного права в техническом смысле слова.

Второй сюжет касается дискуссии вокруг прав, которые возникают в условиях экстремальной нужды. Речь идёт о ситуациях, в которых неимущие могли претендовать на получение предметов первой необходимости (прежде всего еды и одежды) от более обеспеченных сограждан в ситуации, когда первые испытывают в них исключительную потребность. Вопрос состоял в том, каким образом юридически квалифицировать указанную ситуацию с точки зрения частного права. Можно ли говорить, что испытывающие исключительную нужду лица имеют право *требовать* предоставления им предметов первой необходимости? Этот вопрос вызвал в каноническом праве дискуссию. Тирни полагает, что частная собственность в условиях экстремальной нужды превращалась обратно в общую и, соответственно, испытывающие исключительную нужду лица обладали правом требовать предоставления им предметов первой необходимости[1].

Разумеется, полагает Тирни, речь в рассматриваемых случаях идёт лишь о начале долгого и сложного процесса кристаллизации понятия субъективного права. Об этом говорит,в частности, тот факт, что канонисты XII–XIII вв. часто не различали контекстов употребления понятия права в объективном и субъективном смыслах, меняя их, часто в одних и тех же фрагментах собственных рассуждений. Тем не менее именно здесь впервые начинает формироваться понимание субъективного права как способности к определённому поведению, атрибута субъекта права. Основой этого процесса, по мнению Тирни, являются появление первых университетов, начало интенсивного изучения текстов римского права, заново открытых тогда в Европе, и полемика между религиозными и светскими властями относительно властных прерогатив.

С предлагаемой Тирни датировкой возникновения категории субъективного права трудно согласиться. Сам Тирни совершенно справедливо отмечает, что далеко не каждая норма, создающая преимущество или предоставляющая благо определённому лицу, является субъективным правом в техническом смысле слова[2]. Приведённые Тирни примерыпроявлений субъективного права не в полной мере убеждают. Так, в соответствии с современными представлениями возможность приобретения вещей в частную собственность трактуется как часть гражданской правоспособности, а не элемент какого-либо субъективного права. Естественно, этот случай также относится к проявлениям принципа диспозитивности, но даже если рассматривать гражданскую правоспособность в качестве субъективного права *sui generis,* то этот феномен никак нельзя рассматривать в качестве типичного субъективного права, которое понимается прежде всего как приобретённое право.Между тем основная проблема с

[1] Ibid. P. 69.
[2] Tierney B. Natural Law and Natural Rights: Old Problems and Recent Approaches // Review of Politics. 2002. Vol. 64. Issue. 3. P. 389–406.

догматической квалификацией гражданской правоспособности в том и состоит, что она предоставляется объективным правом всем и каждому в равном объёме и её предоставление не предполагает активности самого субъекта, которому она предоставляется. Это свойство гражданской правоспособности свидетельствует скорее о её объективно-правовой природе. Только осуществление возможностей, составляющих содержание гражданской правоспособности, предполагает по общему правилу инициативу самого её носителя, что типично и для субъективных прав. Иными словами, гражданская правоспособность представляет собой некое пограничное явление, одновременно демонстрируя признаки объективного и субъективного права. Но в любом случае сам факт наличия в гражданской правоспособности проявлений принципов правонаделения и диспозитивности ещё не свидетельствует об обладании ей свойствами субъективного права[1].

Само по себе наличие некоторой юридической возможности, которая закрепляется за субъектом, еще не влечёт необходимости рассматривать предоставление такой возможности в качестве закрепления субъективного права. Разумеется, правоспособность можно трактовать в качестве субъективного права особого рода, и такая точка зрения имеет солидную традицию в цивилистической доктрине. Она опирается на трактовку субъективного права как свободы, и ей противостоит трактовка субъективного права как приобретённого распоряжаемостью права (которая не позволяет рассматривать правоспособность в качестве субъективного права в техническом смысле слова). Проблема для позиции Тирни, однако, заключается в том, что это концептуальное различие между правом как свободой, естественным атрибутом субъекта, и правом как приобретённым и распоряжаемым было установлено не ранее XIV в. и обычно приписывается дискуссии между Оккамом и папой Иоанном XXII. Иными словами, сама концептуальная возможность рассматривать правоспособность как право была создана как раз тем теоретиком (Оккамом), приоритет которого в вопросе создания теоретической концепции субъективного права Тирни пытается оспорить. Вне концептуальной рамки понимания права как атрибута субъекта сам по себе факт, что определённое поведение дозволено субъекту, может быть интерпретирован исключительно в объективно-правовом духе, как норма права, предоставляющаявозможность определённого поведения.

Что же касается права нуждающихся на получение предметов первой необходимости, то этот случай в ещё меньшей степени может рассматриваться как проявление субъективно-правовой стилистики. Если полагать, что в условиях крайней нужды частная собственность превращается в общую, то догматически эту ситуацию можно корректно описать в категориях объективного права: смена режима частной собственности с его переформатированием в

[1] Vonlanthen A. Zum rechtsphilosophischen Streit über das Wesen des subjektiven Rechts. Zürich: Polygraphischer Verlag, 1964. S. 27.

общую собственность. Разумеется, право частной собственности можно понимать и в субъективно-правовом смысле. Но для этого категория субъективного права должна уже возникнуть как самостоятельная. Однако рассматриваемый случай может быть описан, не прибегая к использованию категории субъективного права, просто как смена одного объективно-правового режима на другой. И неясно, что должно было заставить средневековых канонистов ввести новую категорию для описания ситуации, которая вполне удовлетворительно описывалась и без её использования.

В основе проблемы лежит, как представляется, различное понимание соотношения объективного и субъективного права со стороны Тирни и его континентальных критиков, на что уже обращалось внимание в литературе вопроса[1]. Некоторые англо-американские авторы, солидаризирующиеся с позицией Тирни, например, прямо используют популярную в англо-американской теории схему парных категорий (право требования / юридическая обязанность; привилегия / отсутствие права; власть / претерпевание; иммунитет / неспособность)[2]. Эта классификация крайне полезна с точки зрения определения структурных особенностей того или иного типа субъективных частных прав. Но сама она автоматически не может рассматриваться в качестве классификации *субъективно-правовых возможностей*, по крайней мере с континентально-правовых позиций. Требуется некоторая дополнительная аргументация в пользу того, что указанные четыре пары коррелятов являются субъективно-правовыми возможностями, а не просто нормами объективного права. Именно по этой причине в континентальном праве используется более «сильное» понятие субъективного права, нежели то, на которое опирается Тирни. Тот же Вилле, например, исходит из резкого противопоставления «классической» модели правопонимания, для которой характерно строго объективное понимание права как меры, при помощи которой блага распределяются между субъектами, и современного правопонимания, в рамках которого (частное) право состоит из сфер исключительного господства различных субъектов над объектами. Именно последняя модель оформляется при помощи категории субъективного права. Такое понимание субъективного права предполагает, что отнюдь не любое правовое предписание, создающее преимущество в пользу определённого лица, автоматически квалифицируется в качестве субъективного права. По этой причине простое переформулирование объективно-правового предписания в субъективное право требует специальной аргументации и определённого критерия, в соответствии с которым предписание должно квалифицироваться в качестве

[1] Sol Th. La controverse Villey-Tierney sur la naissance du droit subjectif au XII^e siècle: difficultés et valeur heuristique d'un anachronisme conceptuel // Penser l'ordre juridique médiéval et moderne. Regards croisés sur les méthodes des juristes / Sous la dir. de N. Laurent-Bonne, X. Prévost. Paris: LGDJ, 2016. P. 222–225.

[2] Reid Ch.J., Jr. The Canonistic Contribution to the Western Rights Tradition: An Historical Inquiry // Boston College Law Review. 1991. Vol. 33. No. 1. P. 64.

субъективного права в техническом смысле.

Основу понимания категории субъективного права Мишелем Вилле, например, составляет резкий контраст, который французский теоретик права проводит между классическим объективистским типом правопонимания, с одной стороны, и современным субъективным, с другой стороны. Для классического типа правопонимания категория субъективного права избыточна, поскольку основная функция права заключается в установлении и обеспечении реализации меры, объективного масштаба, в соответствии с которыми распределяются блага, прерогативы, привилегии, риски, ущерб и ответственность. При подобном понимании, даже если норма объективного права закрепляет за определённым лицом то или иное благо или возможность определённого поведения, эту ситуацию не следует квалифицировать как наделение субъективным правом. Объективистский взгляд предполагает, что закрепление за лицом блага или возможности поведения является производным от объективного и интерсубъективного, не вытекающего исключительно из интересов и потребностей управомоченного, масштаба. Основная функция права при такой интерпретации состоит в определении объективной меры, справедливой доли благ, которая должна воздаваться каждому.

Совершенно иначе, по мнению Вилле, функционирует правовая система, основанная на понятии субъективного права. Здесь всё социальное пространство мыслится как сумма субъективно-правовых прерогатив различных субъектов права. Частноправовой порядок мыслится как система субъективных прав различных субъектов, а не некоторая объективная мера или масштаб, с помощью которых распределяются блага. Первична не объективная мера, а субъективно-правовое притязание. Очевидна связь такого взгляда с волюнтаризмом и номинализмом. Иначе говоря, вся правовая система конструируется под углом зрения субъекта права и присущих ему прерогатив, возможностей определённого поведения.

Речь при этом не идёт исключительно о разных способах описания одной и той же социальной и правовой реальности: в одном случае описание – как «вид сверху», а во втором случае – как «перспектива участника». С точки зрения Вилле и других сторонников рассматриваемой дихотомии, выбор «перспективы участника» устраняет само понятие объективного масштаба или меры, на котором основан классический взгляд. В самом деле, если рассматривать право как совокупность присущих субъектам прерогатив, то устраняется возможность «объективного арбитража», позиция поиска объективной меры. Если для понятия объективного масштаба или меры было характерно признание возможности бесконфликтного и гармоничного сосуществования различных субъектов, каждому из которых обеспечивалось получение «справедливой» доли благ, то в субъективно-правовой оптике конфликт частных притязаний друг с другом становится не нежелательной аномалией, а в некотором роде «естественным состоянием» правовой системы. В этом смысле субъективно-правовая

стилистика, по мнению Вилле, всегда в некотором смысле представляет собой мир Гоббса, а не мир Аристотеля. Юридико-техническим же выражениемэтой субъективно-правовой стилистики является понятие распорядительной способности и контроля над объектом господства, характерное для континентально-правового понимания категории субъективного права[1]. Очевидно, что подобная гобсианская «социальная онтология», как и её частноправовая форма выражения – принцип диспозитивности, не моглавозникнуть в XII в.

Ещё один аргумент против отнесения момента возникновения категории субъективного права к XII или XIII вв. выдвинут А. Гусманом. По мнению Гусмана, решающее значение имеет не то, встречаются ли в источниках фрагменты, которые могут быть интерпретированыв смысле *potestas* и *facultas agendi*. Таковые можно встретить и в римском праве. Важно другое: в какой момент на концептуальном уровне и на уровне терминологии понятия «*potestas*» *и* «*facultas*» стали отождествляться с понятием субъективного права, а последнее, в свою очередь, стало чётко противопоставляться объективному праву[2]. Иными словами, возможна ситуация, в которой отдельные проявления некоторого нового формирующегося явления имеют место, но они ещё не получили должной концептуальной обработки и в этом смысле не существуют как специфическое понятие, особая юридическая техника[3].

С указанным аспектом проблемы связано и ещё одно возражение против концепции Тирни, касающееся методологии исследования. Базовая интенция Тирни состоит в том, чтобы доказать, что дискурс о правах (в субъективном смысле) отнюдь не чужд католической традиции, несмотря на «блистательное отсутствие» категории субъективного права у «главного» философа и теолога католицизма – Фомы Аквинского[4]. Соответственно этому задача Тирни состояла в том, чтобы обнаружить существование в рамках католической теологии и юриспруденции традиции «дискурса о правах». Основой этой традиции Тирни считал канонистов XII и XIII вв., комментировавших Кодекс Грациана и интерпретировавших понятие «*jus*». Среди этих интерпретаций, по мнению Тирни, были ите, которые свидетельствуют о наличии зачатков субъективно-правового понимания *jus.* В дальнейшем эти интерпретации стали основой для формирования концепции субъективного права. Тирни полагает, что формирование концепции субъективного права в рамках европейской правовой традиции представляет собой процесс исторической эволюции, который носит инкрементальный характер. Более ранние стадии становились основой для более поздних

[1] Padovani A. Birth of a Legal Category: Subjective Rights // Divus Thomas. 2013. Anno 116. P. 37–53.
[2] Guzmán A. Historia de la denominación del derecho-facultad como subjetivo // «Panta rei»: Studi dedicati a Manlio Bellomo / A cura di O. Condorelli. Rome: Il Cigno, 2004. T. II. P. 525–558.
[3] Sol Th. Op. cit. P. 232.
[4] Эта точка зрения является господствующей, но не единственной. Существует позиция, что Фома Аквинский признавал категорию субъективного права (см.: Finnis J. Aquinas: Moral, Political, and Legal Theory. New York: Oxford University Press, 1998).

этапов развития, в рамках которых наработанные аргументы и концепции использовались для ответов на новые вызовы. Иными словами, сходства и историческая эволюция становятся для Тирни важнее, нежели различия и резкие изменения. Эта позиция выглядит логичной, если задаться целью найти основу «дискурса о правах» в той социокультурной среде, которая традиционно рассматривалась как враждебная идее автономии воли и индивидуализма.

С методологической точки зрения проблема состоит в том, что исследование, основанное на приоритете сходств над различиями, рискует увидеть в древних феноменах то, что сами современники этих феноменов в них не увидели бы. Именно по этой причине нельзя игнорировать различия между эпохами и «жизненными мирами» различных исторических культур. При противоположном подходе слишком большой акцент делается на анализе употребления терминов, а работа по воссозданию их первоначальной семантики не проводится. В результате термины используются в их современном значении, что препятствует пониманию их оригинального исторического смысла.

В целом мы встречаемся в данном случае с тем, что анализ словоупотребления источников сам по себе не может дать адекватного ответа на вопрос о том, как тот или иной термин понимали в отдалённую историческую эпоху. Всегда существует риск того, что мы модернизируем употребление той или иной категории. Как представляется, необходимо сформулировать некоторые дополнительные аргументы, которые не будут просто констатацией возможности понимать употребляемые в источниках термины в субъективно-правовом смысле. Иными словами, требуется специальная *теория*, которая бы обосновывала возникновение конструкции субъективного права в определённом историческом и социокультурном контексте. Именно такую теорию сформулировал французский философ права Мишель Вилле.

Представление о том, что понятие «юридическая возможность» может трактоваться не только в сугубо объективно-правовом смысле, в качестве рефлекса правового предписания, но и в субъективно-правовом смысле, в качестве способности субъекта, появилось, по мнению некоторых авторитетных ученых, примерно в XIV в. в связи с так называемым спором о монашеской бедности[1].

Монашеский орден францисканцев руководствовался в своей деятельности строгими критериями монашеской бедности, которые не позволяли монахам-францисканцам обладать имуществом в принципе. Этот постулат создавал определённые юридические проблемы. В частности, не было определённости в правовом режиме имущества, которым францисканцы неизбежно должны были пользоваться. Именно этот аргумент и высказывался противниками францисканцев, которые отмечали, в частности, что поскольку францисканцы пользуются определённым имуществом, то с неизбежностью возникает вопрос об основании, титуле

[1] Villey M. La formation de la pensée juridique moderne.

пользования этим имуществом. Более того, в целом ряде случаев пользование приводит к потреблению имущества. Можно ли в этом случае обойтись без вывода о том, что право собственности на потребляемую вещь принадлежит лицу, которое её (на законных основаниях) потребляет[1]?

Этот аргумент попал прямо в точку. Францисканцы оказались в исключительно сложном положении. Либо необходимо было признать наличие какого-либо титула, на основании которого осуществляется законное пользование имуществом, в том числе и потребляемыми вещами. Но в таком случае необходимо было бы признать, что с точки зрения частного права монахи всё же обладают имуществом, что входит в откровенное противоречие со строгой интерпретацией монашеской бедности, заложенной основателем ордена Франциском Ассизским. Либо необходимо было доказать, что потребление вещей не является пользованием в гражданско-правовом смысле, а представляет собой нечто иное. Но это крайне трудно, поскольку весьма сложно обойти возражение о необходимости наличия определённого частноправового основания пользования имуществом.

Именно эту задачу и предпринял интересную попытку решить знаменитый философ и теолог XIV в. Вильям Оккам. Идея Оккама заключается в том, что необходимо различать несколько типов пользования. В одном случае пользование вещью, *usus juris*, действительно основывается на титуле, определённом (гражданско-правовом) основании. Но существует и иная разновидность пользования, *usus facti*, которая не связана с необходимостью получения титула в строгом смысле слова. Вещь предоставляется в пользование собственником в том смысле, что собственник *разрешает* ею фактически пользоваться и даже потреблять. Существенное отличие этой ситуации от той, когда пользование основано на предоставлении права пользоваться, заключается в том, что в первом случае собственник вправе в любой момент в одностороннем порядке отозвать своё согласие на то, чтобы другое лицо пользовалось соответствующей вещью.

Иными словами, в случае «беститульного» пользования пользователь обладает некоторой фактической *возможностью*, а при титульном пользовании эта возможность приобретает характер юридической. Здесь интересен именно факт, что права анализируются в категориях возможностей и способностей, т.е. в буквальном смысле *facultas, potestas*. При этом с точки зрения цивилиста позиция Оккама выглядит довольно неубедительно. Разграничение между фактической и юридической возможностями представляется недостаточно обоснованным. Ведь и в случае «беститульного» пользования имущество предоставляется на *законных основаниях*, является *licitus usus facti*. Сам же факт того, что этот «беститульный титул» может быть

[1] Наиболее подробно ход дискуссии изложен в монографии Брайана Тирни (см.: Tierney B. The Idea of Natural Rights: Studies on Natural Rights, Natural Law, and Church Law 1150–1625).

прекращён собственником по его усмотрению в любой момент и в одностороннем порядке, ещё не может свидетельствовать о фактическом, а не юридическом характере рассматриваемого отношения. Возможность превратить правовые отношения в одностороннем порядке существует в рамках многих частноправовых институтов.

Вероятнее всего, позицию Оккама следует интерпретировать в том смысле, что способность пользоваться вещью в смысле *usus facti* является частью естественного (*jus poli*), а не позитивного права (*jus fori*). Для естественного состояния характерен режим общности имущества, а следовательно, каждый субъект обладает способностью пользоваться общим имуществом. Эта способность является атрибутом субъекта. Иными словами, *usus facti* понимается одновременно как «естественная» присущая субъекту способность и как разрешенная естественным правом (*licita*). Именно подобная трактовка позволила соединить понятия «*jus*» и «*facultas*»,что явилось решающим шагом к формированию понятия субъективного права в техническом смысле.

Вероятно, юридико-технически аргументация Оккама представляется недостаточно фундированной. Но, по всей видимости, прав был Никлас Луман, когда он заметил, что именно непрофессионал, неюрист нужен был, чтобы с помощью в высшей степени «нетехничного» аргумента переформатировать дискуссию и перевести её из объективно- правового в субъективно-правовую модальность[1].

Основная заслуга Оккама, как представляется, заключается в том, что до него никто не мыслил право как атрибут субъекта, как его естественное свойство. В этом суть теоретической инновации. Право мыслится как проявление естественной свободы индивида. *Впервые на уровне теоретической концепции право и свобода оказались объединены в рамках одного и того же понятия.*

Для того чтобы с современных позиций чётче зафиксировать важность открытия Оккама, позволим себе провести современную аналогию. Оккам трактовал право в духе современной конструкции правоспособности, в то время как его оппоненты были склонны рассматривать его как приобретённое право. В самом деле, если право рассматривается как естественный атрибут субъекта, способность, присущая всем и каждому естественным образом, то ближайшим современным эквивалентом этого будет выступать категория правоспособности, которая также трактуется как «общественно-юридическое» свойство субъекта права. С другой стороны, если вы считаете, что любое легитимное пользование вещью предполагает наличие частноправового титула, то вы склоняетесь к трактовке пользования в качестве приобретённого права. Отсюда вытекают и различия в понимании режима права как атрибута, с одной стороны,

[1] Luhmann N. Subjektive Rechte: Zum Umbau des Rechtsbewußtseins für die moderne Gesellschaft // Luhmann N. Gesellschaftsstruktur und Semantik: Studien zur Wissenssoziologie der modernen Gesellschaft. Bd. 2. Frankfurt amMain: Surkamp, 1993. S. 56.

и права, основанного на титуле, с другой стороны. Непременным свойством первого будет его неразрывная связь с субъектом, в то время как важнейшим качеством второго будет распоряжаемость.

Парадоксальным образом признание Оккамом возможности пользоваться потребляемыми вещами, не приобретая на них частноправового титула, приводит к выводу, что субъективное право в техническом смысле всегда предполагает возможность распоряжаться этим правом. В самом деле, ведь пользование возможно и помимо обладания субъективным правом[1], следовательно, существо субъективного права не может заключаться ни в чем ином, как в способности распоряжаться этим правом и осуществлять его принудительно[2]. Дело в том, что, по мнению Оккама, *simplex usus facti* производен от естественного права, для которого был характерен режим общности имущества и отсутствия частной собственности. По этой логике частная собственность и соответственно частноправовые титулы могли существовать только в рамках позитивного права, *jus fori*. Францисканский идеал монашеской бедности предполагал (для монахов-францисканцев) возвращение в «естественное состояние». Оппоненты же францисканцев, напротив, исходили из того, что пользование без обладания частноправовым титулом немыслимо и что этот вывод в равной мере относится и к «естественному состоянию». Такое понимание предвосхищает «проприетарную» концепцию субъективного права (т.е. моделирование субъективного права по образцу права собственности). Существо права заключается в контроле над объектами, а контроль этот принадлежит изолированному индивиду, субъекту права.

С некоторой долей условности можно назвать конструкцию правовой возможности как атрибута субъекта права «слабым» понятием субъективного права. Основу такого понимания составляет сам факт атрибуции права субъекту. Это совершенно очевидное с современных позиций понимание было для холистской культуры Средних веков своего рода революцией. Можно привести по крайней мере два довода в пользу выделения такого «слабого» понятия субъективного права. Во-первых, любая конструкция субъективного права обусловлена тем, что правовая возможность, которой наделяется субъект, должна рассматриваться как его свойство или атрибут. Вне подобного представления никакая концепция субъективного права просто не может существовать. Во-вторых, впоследствии, несмотря на доминирование в теории частного права «сильного» понимания субъективного права, неоднократно предпринимались попытки построить цивилистическую догматику на основе «слабого» понимания субъективного права. Кроме того, за рамками частного права понятие

[1] Речь идёт, разумеется, о субъективном праве и частноправовом титуле в том смысле, в котором они понимались оппонентами францисканцев, а не об *usus facti*.

[2] Tuck R. Natural Rights Theories: Their Origin and Development. Cambridge: Cambridge University Press, 1979. P. 21.

субъективного права используется, как правило, именно в «слабом» смысле, поскольку распоряжаемость правами не является типичной для публично-правовых контекстов.

Таким образом, наметились две линии дальнейшего развития теории субъективного права: с одной стороны, «францисканская» линия, постулирующая право как способность, имманентно присущую субъекту права; с другой стороны, «доминиканская» линия[1], связывавшая субъективное право и распоряжаемость, а также способность к принудительному осуществлению[2] и направленность на контроль над объектом[3]. Позже обе линии будут объединены в рамках теоретического синтеза Саламанкской школы.

Таким образом, формирование понятия юридической возможности, способности (определённого поведения) стало побочным продуктом сугубо теологической дискуссии и нетехничного словоупотребления, в рамках которого юридическая возможность стала трактоваться как принадлежность или атрибут субъекта права. Именно это и представляет собой основную инновацию в юридическом мышлении. До этого момента возможности трактовались в сугубо объективистском ключе по модели *suum cuique tribuere*, как части универсума, как производные от «справедливого распределения» благ. Ключевое семантическое различие заключается в следующем: либо блага распределяются «объективно», либо мир мыслится как сумма возможностей, принадлежащих различным субъектам. Распределение может быть идентичным и в том, и в другом случае. Но угол зрения радикально различен. Во втором случае есть точки зрения различных субъектов и мир как бы поделен на объекты, сферы, принадлежащие субъектам. В первом случае этот субъективный фокус отсутствует: распределяются блага, а не сферы исключительного господства. Именно такой семантический сдвиг повлекла за собой теоретическая инновация Оккама.

Самый важный вопрос заключается, однако, в другом. По какой причине мы должны атрибутировать возникновение категории субъективного права учению Оккама, учитывая тот факт, что и ранее в источниках канонического права и теологических трактатах встречались отождествления *potestas* и *jus*? Вилле полагает, что тем ключевым элементом, который отсутствовал у предшественников Оккама и присутствовал у самого Оккама, является волюнтаризм и номинализм его философской и теологической теории[4]. Волюнтаризм означает приоритет воли над разумом как основанием всего сущего. Другими словами, мир существует по воле Бога, и теоретически можно себе представить другой мир, в котором не будут действовать даже законы логики («разум»), если такова будет воля Бога. Номинализм

[1] Представителями этой линии были преимущественно доминиканцы.
[2] Edmundson W.E. An Introduction to Rights. 2nd ed. New York: Cambridge University Press, 2012. P. 13.
[3] Brett A.S. Liberty, Right and Nature: Individual Rights in Later Scholastic Thought. New York: Cambridge University Press, 1997. P. 63.
[4] Villey M. La formation de la pensée juridique moderne. P. 223–229.

предполагает, что действительно существующими являются только отдельные предметы, а классы и отношения если и существуют, то исключительно как слова или теоретические концепции.

Если перенести эти категории на человеческий социум, то получается, что существуют в собственном смысле слова исключительно индивиды, обладающие свободой воли. Всё остальное является производным от них. Не трудно предположить, что подобная трактовка создавала весьма благоприятные концептуальные предпосылки для формирования понятия субъективного права как господства воли. Только после появления такой трактовки стало возможным мыслить право как атрибут или свойство субъективности. Именно это и явилось, по мнению Вилле и его сторонников, своеобразным «триггером», который спровоцировал концептуальное изменение[1].

Разумеется, применительно к Оккаму следует говорить исключительно о формировании новой субъективно-правовой модальности лишь *in statu nascendi*. Дальнейшая эволюция в этом направлении связана с теоретическим наследием поздней схоластики XVI в. Речь идёт о так называемой Саламанкской школе – группе католических теологов XVI и XVII вв. Основным теоретическим достижением поздних схоластов в интересующем нас аспекте генезиса категории субъективного частного права являются исследование понятий «*dominium*», «*libertas*» и «*facultas*» и фиксация соотношения между ними.

Если кратко сформулировать существенный вклад, который представители Саламанкской школы внесли в формирование категории субъективного частного права, то главное заключается в том, что понятие «*dominium*» стало рассматриваться в качестве парадигмы для понятия «*jus*»[2]. Эта теоретическая конъюнкция двух понятий была довольно необычным ходом мысли, если иметь в виду всю предыдущую историческую эволюцию обеих категорий. Как известно, в Институциях Гая *dominium* отсутствует в перечне объектов («вещей», *res*), в котором фигурируют сначала некоторые телесные вещи, а затем бестелесные вещи, к которым отнесены имущественные права. По этой причине признание *dominium* парадигмой *jura* явилось существенным концептуальным сдвигом в трактовке частноправовых институтов.

Интересна и трактовка *dominium* как *естественного свойства субъекта*, производного от человеческой природы, вытекающей *ex natura rei*[3]. При этом *dominium* понималось в первую очередь как распорядительная способность, в духе определения известного глоссатора Бартола. Таким образом удалось решить сразу несколько проблем. Во-первых, право оказалось

[1] Наиболее подробно влияние волюнтаризма и номинализма на правовую теорию исследовано в монографии М. Бастита (см.: Bastit M. Naissance de la loi moderne. La pensée de la loi de saint Thomas à Suarez. Paris: PUF, 1990.

[2] Simmermacher D. Eigentum als ein subjektives Recht bei Luis de Molina (1535–1600). Berlin: De Gruyter, 2018. S. 123.

[3] Ibidem.

концептуально связанным с распорядительной способностью. Это означает, в частности, что важнейшим свойством права является свобода его осуществления, что в свою очередь предполагает автономию воли субъекта. Во-вторых, распорядительная способность трактуется представителями Саламанкской школы как проявление естественного свойства человеческой личности, иначе говоря, как атрибут субъективности, как качество, вытекающее из природы вещей. Таким образом, формируется представление о праве как распорядительной способности субъекта.

Саламанкская школа по сути осуществила теоретический синтез двух линий в развитии учения о субъективном праве, которые были намечены в предшествующий период. Сформировавшееся в рамках учений схоластов номиналистского толка представление о праве как способности или атрибуте субъекта было объединено с более традиционным цивилистическим представлением о праве как основанном на титуле, т.е. приобретённом и распоряжаемом праве. Признаком этого, в частности, является то, что большинство теоретиков Саламанкской школы допускали возможность отчуждения субъектами элементов своей правоспособности. Это означает, что с юридико-технической точки зрения правоспособность, «свобода» трактовались по модели приобретённого частного права (прежде всего, как уже отмечалось, права собственности), что и обусловливало возможность распоряжения элементами правоспособности. Это имело огромное значение для всего будущего развития континентальной цивилистики. Во-первых, была сформулирована базовая абстракция, отражающая принцип работы всей частноправовой системы. Во-вторых, эта абстракция ориентировалась на «сильное» понятие субъективно-правовой возможности как распоряжаемой свободы, а не на «слабое» её понимание просто как способности или возможности определённого поведения. Этот выбор оказал колоссальное влияние на всю последующую доктрину. Выражаясь современным языком, субъективное право стало моделироваться по образцу права собственности, а не по образцу правоспособности и личных прав. Совершенно очевидно, что вы получаете две разных теории частного права в зависимости от того, берёте ли вы за основу частного права распоряжаемую приобретённую юридическую возможность, понимаемую при этом как контроль над объектом, или просто предоставленную правом юридическую возможность.

Этот синтез имел важные теоретические последствия. Появлялась возможность описания всех основных частноправовых институтов при помощи единого понятия. Сами теоретики Саламанкской школы не сделали этого вывода, который окончательно легитимировал категорию субъективного права в качестве основы частного права. Это было связано с теологическими предпосылками, на которые они опирались.

Несмотря на кажущуюся современность формулы, предложенной представителями

испанской поздней схоластики, необходимо избегать модернизации их теоретических воззрений. Важно понимать существо задач, которые ставили перед собой теоретики Саламанкской школы. Ключевой вопрос, решение которого обеспечило успех теоретического синтеза неосхоластов, касался классической проблемы соотношения свободы воли и божественного предопределения, поставленной в изменившиеся условия раннего Нового времени. В этом вопросе католические теологи Саламанкской школы синтезировали томизм и волюнтаризм Оккама. Божественное предопределение трактовалось не как прямое «управление» поведением людей в духе механической причинности, а как создание условий для индивидуального выбора[1]. Это создавало возможность выбора для индивидуумов, одновременно не входя в противоречие с постулатом божественной предопределённости. Более того, способность выбора (*liberum arbitrium*) трактовалась как важное свойство личности, базовая структура субъективности, отличающая человека. Таким образом, онтологически мир может трактоваться как арена активности субъектов и при этом как проявление божественного порядка. На языке же частного права всё это означает переход к описанию институтов и категорий частного права посредством субъективно-правовых возможностей. В конце этого долгого пути германская пандектистика будет определять частное право как систему субъективных частных прав. Именно в XVI в. в этом направлениии был сделан важный шаг.

Отсюда появилась возможность сопряжения свободы и собственности, т.е. собственность стала трактоваться как свобода. В самом деле, если собственность представляет собой распорядительную способность, отличительной чертой которой является возможность беспрепятственного осуществления, то её можно трактовать в качестве проявления базовой структуры человеческой субъективности, свободы выбора. По этой причине понятие «*dominium*» трактуется в рамках учения поздних схоластов довольно своеобразно – как проявление способности контролировать себя и объекты. Причём *dominium* ***actionum suarum*** составляет предпосылку *dominium* ***externarum rerum***. Это напоминает современную трактовку соотношения гражданской правоспособности и субъективных частных прав. Характерно и то, что подобное решение обусловил его теологический контекст. Дело в том, что следствием довольно последовательного разграничения сферы свободы и сферы необходимости было и разграничение между миром природы, в котором действуют причинность и необходимость, и миром человеческих взаимоотношений, который основан на свободе и состоит из актов выбора субъектами. Поскольку же способность принимать рациональные решения по собственному усмотрению составляет естественный атрибут человеческой личности, первичной следует

[1] Seelmann K. Selbstherrschaft, Herrschaft über die Dinge und individuelle Rechte in der Spanischen Spätscholastik // Politische Metaphysik: Die Entstehung moderner Rechtskonzeptionen in der Spanischen Scholastik / Hrsg. von M. Kaufmann, R. Schnepf. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2007. S. 43–57.

считать именно способность контролировать собственное поведение, из которой уже выводится способность контролировать предметы окружающего мира[1].

Именно по этой причине, вероятно, определение собственности посредством распорядительных действий казалось теоретикам Саламанкской школы максимально адекватным. Если воля составляет движущую силу человеческих взаимоотношений, то именно распоряжение составляет наиболее очевидное проявление автономной воли.

Таким образом, термины «право», «способность», «собственность» и «свобода» оказались интегрированы в рамках единой теоретической рамки. В данном случае речь идёт уже о вполне сознательной теоретически зрелой и рефлексивной попытке интеграции. Если мы просто фиксировали использование субъективно-правовой стилистики описания юридических феноменов, то в данном случае субъективно-правовая модальность является следствием сознательной установки и результатом теоретической рефлексии именно над феноменом субъективности, а не побочным эффектом дискуссий по другим вопросам. Правда, случай с Саламанкской школой – это как раз пример того, как сугубо теологические споры приводят к интересным эволюционным изменениям в других областях знания, например, в теории частного права.

Важным следствием оригинального решения вопроса о статусе индивидуальной воли, индивидуального выбора и индивидуальной свободы, выработанного в рамках теории поздней схоластики, стало то, что появились предпосылки для секуляризации учения о поведении и моральной теории в целом. В самом деле, если автономия воли субъектов признаётся в качестве фундаментального факта реальности, а роль божественного предопределения ограничивается созданием условий для проявления человеческой активности, то сферу человеческой активности оказывается возможным рассматривать изолированно, в качестве обладающей собственной рациональностью, хотя и подчинённой в целом божественному замыслу.

Для лучшего понимания этого тезиса и его влияния на возникновение автономной науки частного права представляется необходимым хотя бы в общих чертах проанализировать дискуссию вокруг понятия свободы воли в христианской теологической литературе. Если очень упрощать, то в данном вопросе существуют три школы мысли. Первое направление предполагает, что роль индивидуальной воли, собственного решения при совершении моральных поступков минимальна. После грехопадения человеческие существа показали свою радикальную склонность к злу и слабость противоположных моральных устремлений. По этой причине человеку в принципе сложно сопротивляться искушениям и злу.

[1] Seelmann K. Selbstherrschaft, Herrschaft über die Dinge und individuelle Rechte in der Spanischen Spätscholastik. S. 43.

Отсюда неизбежный вывод: если человеку и удаётся сопротивляться злу и не грешить, то это только благодаря божественной помощи. А если это так, то роль индивидуальной воли при совершении моральных поступков минимальна, они совершаются *вопреки* деструктивным устремлениям, на которые запрограммирован человек. Поэтому роль индивидуального выбора если и может быть констатирована, то исключительно при совершении плохих поступков. Вот здесь проявляется вся палитра человеческой деструктивности. Эта линия аргументов идёт от Августина Блаженного и встречается уМартина Лютера.

Второе направление ориентирует на то, что воля и интеллект взаимно дополняют друг друга, скорее находясь в гармонии, чем конфликтуя друг с другом. Интеллект определяет степень рациональности того или иного решения, а воля принимает само решение. Эта логика рассуждений характерна для Фомы Аквинского и томистской традиции в целом. Проблема этой точки зрения состоит в том, что интеллектуальный элемент оставляет мало места для волюнтаризма. С точки зрения разума существует только одно «правильное» решение, поскольку выбор трактуется как обладающий истинностным значением. Иначе говоря, определение, как правильно поступать (что следует делать?), можно воспринимать как проблему теоретического разума (что истинно?). Поскольку истина может быть только одна, то подчинить выбор критерию истинности означает, по существу, устранить выбор.

Обе рассмотренные трактовки крайне усложняют возможность самостоятельного исследования человеческого поведения, проблему действия. В первом случае за субъектом вообще не признаётся возможность самостоятельности. Поэтому и специальную логику, определяющую именно человеческое поведение, обнаружить невозможно и искать бесполезно. Результаты всё равно определяются при помощи божественного предопределения. Во втором же случае логика человеческих поступков не носит самостоятельного характера, а является производной от логики универсума, который производен от божественного замысла. Иначе говоря, в первом случае человеческая воля не автономна, потому что зависит от божественного промысла, а во втором случае она не автономна, потому что зависит от божественного замысла. И в том, и в другом случае автономное учение о человеческом поведении невозможно.

Саламанкская школа дала иной вариант решения проблемы, создав возможность автономного учения о человеческом поведении. Ведь если решения принимаются самими субъектами, а не являются лишь эманацией божественной воли или божественного разума, то логично предположить, что сфера человеческой субъективности, индивидуального волеобразования создаёт собственные закономерности. Разумеется, божественное предопределение сохраняет своё значение, но меняются форма и сфера его проявления. Как отмечает Роберт Шнепф, в рамках метафизики подобного типа Бог не является *causa efficiens*,

действующей причиной социального мира, но создаёт базовые предпосылки, на основе которых формируется социальность[1], причём социальность, обладающая собственной автономной логикой.

Тем самым создаётся перспектива для формирования секулярной теории естественного права. Ведь по своему содержанию секулярное учение о естественном праве и представляет собой учение о закономерностях человеческого поведения, поведения автономных индивидуумов в их взаимных отношениях. По существу, секулярная теория естественного права просто элиминировала божественное предопределение из теории Саламанкской школы и сконцентрировалась лишь на сфере поведения индивидуумов. Теоретический синтез поздней схоластики облегчил это, поскольку степень присутствия божественного предопределения в картине мира поздних схоластов оказалась минимальной, а роль индивидуальной воли и индивидуальной активности – максимально возможной для теологической традиции. Но сама Саламанкская школа, разумеется, не могла прийти к выводу о господстве индивидуальной воли как основе частного права. Это становится возможным, лишь если отделить позитивное содержание учения об автономии воли от его морально-теологических предпосылок.

Отсюда становится совершенно ясной логика теоретиков естественного права, которые настаивали на приоритете автономии воли индивидуума, на том, что свобода выбора составляет отправной пункт рассуждений о социальном порядке и логике взаимоотношений индивидов в социальном пространстве. Эта субъективно-правовая модальность была подготовлена всем ходом предшествующей эволюции средневековой теологии и юриспруденции, основные этапы которой мы попытались очень кратко и в высшей степени схематично воспроизвести.

Вклад секулярной теории естественного права в развитие учения о субъективном частном праве выражается не столько в каких-либо теоретических инновациях в области юридической догматики, сколько в инновационной юридической методологии. С одной стороны, естественно-правовая традиция уже не считала себя связанной анализом исключительно текстов римского права. В этом смысле сказалось влияние гуманистической юриспруденции, которая как раз и настаивала на необходимости исторического подхода к римскому праву и филологической критике его текстов. По этой причине Гуго Гроций, Самуэль Пуфендорф и другие ключевые теоретики школы естественного права исходили из того, что современная им ситуация требовала выработки такой модели правового порядка, который учитывал бы современные реалии, но основывался бы при этом на естественно-правовых постулатах. Источники римского права и аргументы из римского права могли при этом использоваться, но потеряли при этом статус решающего доказательства. Решающей была выводимость

[1] Schnepf R. Zwischen Gnadenlehre und Willensfreiheit. Skizze der Problemlage zu Beginn der Schule von Salamanca (Francisco de Vitoria) // Politische Metaphysik: Die Entstehung moderner Rechtskonzeptionen in der Spanischen Scholastik / Hrsg. von M. Kaufmann, R. Schnepf. S. 29.

конкретных законодательных и правоприменительных решений из принципов естественного права.

В этом смысле теории школы естественного права находились под сильным влиянием поздней схоластики, но при одном решающем отличии, которое и определило уникальность естественно-правовой методологии и вклад естественного права в правовую традицию. Указанное отличие касалось различной трактовки принципов, в соответствии с которыми должны были конструироваться частноправовые институты и категории. В рамках Саламанкской школы, как мы уже имели возможность убедиться выше, принципы обосновывались с точки зрения морально-теологической теории, синтеза Аристотеля и Фомы Аквинского. Естественно-правовая теория сохранила сами принципы, элиминировав их морально-теологические основания.

Идея Гроция состояла в том, чтобы упростить обоснование правовых институтов, равнокак и методику их изложения[1]. Дело в том, что теоретический синтез неосхоластики обладал исключительной сложностью, требовал наличия специальных знаний сразу в нескольких областях знания (теологии, философии, логике, юриспруденции). Соответственно круг лиц, которые могли понять эти теоретические синтезы, был исключительно ограничен. Главной проблемой такой модели теоретической дисциплины был её синкретический характер, т.е. то, что она объединяла сразу несколько современных дисциплин в единый комплекс. Это нечто вроде современных междисциплинарных контекстов. В этом смысле не могло быть самостоятельной юридической теории, юридическая теория обязательно фундировалась моральной теологией.

Это затрудняло понимание и восприятие оригинальных решений, предлагаемых в рамках поздней схоластики. Между тем именно для науки частного права подобного рода нарочитая усложнённость крайне непривлекательна, учитывая прагматическую направленность нашей дисциплины. Теоретические конструкции частного права применяются на практике и требуют того, чтобы их понимало довольно большое число участников имущественного оборота, не обладающих специальными знаниями сразу в нескольких дисциплинах гуманитарного знания. По этой причине именно в сфере частного права чрезмерная теоретическая «нагруженность» понятийного аппарата и его ориентированность на сложные междисциплинарные теоретические синтезы могут иметь негативный эффект.

Всё это было очевидно для Гроция, учитывая то, что Голландия XVII в. представляла собой образец бурного роста гражданского оборота, формирования капиталистической экономики с вовлечением в рынок практически всего населения страны. По этой причине остро чувствовалась необходимость упростить теорию частного права, сделав содержание и логику

[1] Gordley J. The Jurists: A Critical History. P. 139.

частноправового регулирования доступными максимальному количеству «потребителей».

Каким образом с юридико-технической точки зрения может быть это достигнуто? В самом общем виде Гроций, а в особенности Пуфендорф предложили некоторое подобие аксиоматической системы, в рамках которой конкретные законодательные и правоприменительные решения, частноправовые категории и юридические конструкции выводились из ограниченного числа аксиом, общих принципов, обладавших абсолютной достоверностью.

Здесь сказывается влияние картезианского метода, и опять-таки можно констатировать полемику с аристотелево-томистской методологией неосхоластов. Философская традиция, основанная на аристотелизме и томизме, исходила из наличия некоторых фундаментальных черт реальности, из которых выводились определённые следствия. Радикальный скептицизм картезианской традиции, напротив, сомневался во всём и искал то, что не подлежит сомнению в структурах субъективности. Нельзя усомниться лишь в том, что представляется бесспорным. Из этих бесспорных положений при помощи дедуктивных умозаключений выводятся следствия. Это напоминает модель евклидовой геометрии, в рамках которой из аксиом (интуитивно очевидных допущений) выводятся теоремы, из теорем – следствия. Вот именно подобная модель науки и трактовалась в качестве верной теоретиками естественно-правовой традиции.

В рамках подобного понимания стандарта научной рациональности никакие «неочевидные» допущения, вроде учения о четырёх причинах, не могли приниматься вкачестве отправной точки рассуждений. Начинать необходимо было с чего-то абсолютно очевидного и тривиального.

Как мы видели в предшествующем обсуждении, теория автономии воли возникла в рамках Саламанкской школы в контексте теологических споров относительно соотношения свободы воли и божественного предопределения. Для теоретиков поздней схоластики постулат о свободе выбора и «господстве» индивида над самим собой был не исходным пунктом рассуждений, а *результатом* довольно сложных рассуждений.

Радикально иначе подходят к тому же вопросу сторонники секулярной теории естественного права. Здесь автономия воли представляет собой не результат рафинированной теории, а исходный постулат всех дальнейших рассуждений – исходный именно потому, что рассматриваемый как совершенно интуитивно очевидный и потому абсолютно бесспорный. Таким образом решалось несколько задач. Во-первых, конечный вывод (принцип автономии воли) отсекался от его морально-теологического обоснования, которое было слишком сложным и содержало массу дискуссионных моментов. Во-вторых, этот конечный вывод

переинтерпретировался в виде аксиомы, обосновывающей все дальнейшие выводы. В результате знание упрощалось и усиливалась его риторическая составляющая. Таким образом, принцип автономии воли впервые в истории частного права приобрёл характер базовой аксиомы нормативной системы. При этом сам принцип автономии воли ничем не обосновывался, а рассматривался как интуитивно очевидный, самопонятный. Вот в этом и заключается революционное изменение методологии, которое характеризует секулярный вариант школы естественного права.

При этом конкретные способы понимания и концептуализации автономии воли и того, что впоследствии стало именоваться теорией субъективного (частного) права, с формальной точки зрения мало чем отличались от разработок теоретиков поздней схоластики – те же определения, то же тяготение к передаче субъективно-правовой модальности посредством понятий «*dominium*», «*libertas*», «*facultas*» и т. п.[1] Новое содержательно, как уже указывалось, заключается в отрыве этих формальных определений и формулировок от конкретной морально-теологической доктрины, в рамках которой они и получили обоснование. Как остроумно заметил Ханс Отто де Бур, правоведы этой эпохи действовали не как процессуалисты, а как социальные теоретики[2]. Это в свою очередь повлекло серьёзные изменения и в отношении места автономии воли в системе категорий частного права: автономия воли стала отправной точкой, некоторой аксиомой частного права.

Подобная аксиоматизация имеет свои преимущества и определённые недостатки. Основное преимущество состоит в отказе рассматривать философские и социологические аспекты обоснования частной автономии, инициативы и независимости субъектов частного права в рамках самой дисциплины частного права. В известном смысле это было возвращением к традиции римского права, к тому, что выдающийся романист Фриц Шульц (вслед за Иерингом) назвал «изоляцией» (*Isolierung*)[3]. Речь идёт о формировании автономной дисциплины со своей собственной логикой за счёт изоляции определённых компонентов, признаваемых релевантными для права, и игнорирования других, трактуемых в качестве юридически иррелевантных. По мнению Шульца, римские юристы формулировали правила и конструкции, но мало интересовались их философским или моральным фундаментом или политико-правовыми основаниями. Это давало важное преимущество в плане концентрации на разработке автономной логики самих формальных категорий частного права. Собственно, применительно к Риму именно эта техника изоляции и позволила создать впервые в истории автономный юридический дискурс. И именно эту задачу в новых условиях попытались решить

[1] Fezer K.-H. Op. cit. S. 180–195.
[2] Boor H.O. de. Gerichtsschutz und Rechtssystem: Ein Beitrag zum Kampfe gegen das aktionenrechtliche Denken. Leipzig: Theodor Weicher, 1941. S. 12.
[3] Schulz F. Prinzipien des römischen Rechts. München: Duncker & Humblot, 1934.

сторонники естественно-правовой теории.

Что же получилось из этой новой установки в интересующей нас области теории субъективного права? Если отделить принцип автономии воли в том виде, как его сформулировали неосхоласты, от его морально-философских основ и воспринимать его просто как аксиому, отправную точку рассуждений о характере взаимоотношений между участниками имущественного оборота, то эти взаимоотношения останется трактовать исключительно как *волевые отношения.* Вся юридическая сфера должна трактоваться как отношения между автономными субъектами, осуществляющими господство относительно собственной личности и объектов внешнего мира. Задачей же частного права является необходимость разграничения взаимных сфер господства субъектов относительно друг друга.

Таким образом, значение естественно-правовых теорий XVII и XVIII вв. заключалось не столько в юридико-догматическом анализе субъективно-правовой модальности в частном праве, сколько в обосновании *аксиоматики* принципа автономии воли, в помещении автономной воли субъектов частного права на вершину иерархии частноправовых принципов, который обосновывает всю систему частного права, а сам не нуждается в обосновании. Естественно, что при трактовке автономии воли субъектов частного права в качестве аксиомы, из которой дедуцируется всё содержание всех частноправовых институтов, имущественный оборот должен конструироваться как система субъективных частных прав. Этот вывод и станет основой самой влиятельной в истории модели науки частного права – германской пандектистики XIX в. Однако важнейшая основа этой модели – принцип автономии воли – была обоснована именно сторонниками секулярной теории естественного права XVII и XVIII вв.

Таким образом, основные предпосылки конструкции субъективного (частного) права сложились в течение длительного периода с VI по XVIII в. Основными этапами этого процесса, в частности, были:

1) отделение материального частного права от процессуальных форм его (принудительного) осуществления;

2) анализ глоссаторами и комментаторами источников римского права и выработка первых теоретических моделей систематизации частноправового материала;

3) формирование в рамках канонического права и теологической традиции двух конкурирующих моделей понимания субъективно-правовых феноменов; одна из них послужила основой для того, чтобы считать свойство распоряжаемости ключевым для понимания конструкции субъективного права, в то время как другая ориентировалась на понимание субъективного права как свойства и способности, присущей субъекту;

4) важнейшим фактором формирования теории субъективного (частного) праваявляется

учение об автономии воли, обоснованное впервые в рамках морально-теологических конструкций поздней схоластики (Саламанкской школы), в русле которого был осуществлён теоретический синтез понимания права как свойства и атрибута субъекта с более традиционной «цивилистической» концептуализацией права как приобретённой и распоряжаемой юридической возможности; в результате появляется «сильное» понимание субъективного права как синтеза свободы и распоряжаемости; этот теоретический синтез в свою очередь создал предпосылки для формирования категории субъективного права как основы цивилистической теории;

5) наконец, секуляризация доктрины поздней схоластики, отделение учения об автономии воли от её морально-теологических оснований впервые создали возможность трактовать субъективное право как основополагающую категорию цивилистики.

1.3. Субъективное право как «конечная абстракция цивилистики» (классическая волевая теория субъективного частного права)

Категория субъективного частного права стала своеобразной визитной карточкой германской науки частного права вообще и германской цивилистики XIX в. в особенности. Именно здесь сходятся все значимые линии развития категории частного права в континентально-правовой доктрине. Именно здесь категория субъективного права объявляется «конечной абстракцией» частного права[1]. Именно здесь возникает то, что войдёт в историю юридической мысли под названием «волевая теория субъективного права». Ключевую роль в формировании классической волевой теории субъективного права сыграл, конечно, Ф.К. фон Савиньи, которому принадлежат все основные формулировки и решения классической теории субъективного (частного) права. Попробуем сформулировать базовые параметры его теории. Прежде всего Савиньи рассматривает субъективное право как «власть» (*Macht*), господство (*Herrschaft*) воли[2]. Второй момент, на который следует обратить внимание, заключается в том, что, с точки зрения Савиньи, господство воли или власть воли управомоченного субъекта имеет некоторую естественную сферу (*Gebiet*), в рамках которой это господство или власть осуществляется[3]. Иными словами, господство как бы локализуется в пространстве. В рамках этой сферы управомоченному обеспечивается возможность тотального контроля. При этом все социальное пространство мыслится как разделённое на сферы индивидуального господства. В-третьих, субъективное право понимается как абстракция, выделенная из понятия правоотношения (*Rechtsverhältnis*)[4].Понятие правоотношения обладает более фундаментальным характером по отношению к субъективному праву, которое рассматривается в качестве его элемента, «особой стороны» правоотношения. Существо же правоотношения, по мнению Савиньи, заключается в том, что оно представляет собой связь субъектов, которая подразумевает предоставление определённому субъекту определённой сферы, в рамках которой обеспечивается господство его воли. Правоотношение, в свою очередь, определяется нормами объективного права. Наконец, абстрактный тип правоотношения представляет собой правовой институт[5].

В рассматриваемой схеме представляется необходимым обратить внимание на несколько моментов. Во-первых, понятие субъективного права оказывается «упакованным» в понятие правоотношения. Именно последнее обладает первичной реальностью, представляя собой

---

[1] Tuhr A. von. Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts. Bd. 1: Allgemeine Lehren und Personenrecht. S. 53.
[2] Savigny F.C. von. System des heutigen Römischen Rechts. Bd. 1. Berlin: Veit & Comp., 1840. S. 7.
[3] Ibid. S. 331, 333.
[4] Ibid. S. 334.
[5] Ibid. S. 9.

некоторое «органическое единство», из которого путём аналитической абстракции только и может быть выделено понятие субъективного права. При этом, во-вторых, правоотношение представляет собой отношение между субъектами, в результате реализации которого у управомоченного образуется сфера господства воли. Наконец, в-третьих, правоотношение понимается одновременно и как связь субъектов, управомоченного и обязанного.

Всё это свидетельствует о том, что в рамках теории Савиньи произошёл некоторый семантический сдвиг в понимании субъективного права. Ранее особенно сильное выражение это приобрело в рамках учения поздней схоластики: субъективное право понималось как свойство или атрибут (управомоченного) субъекта права. Теперь же Савиньи, сохраняя определение субъективного права при помощи понятий «способность» и «власть», одновременно рассматривает его в качестве элемента отношения, отношения к обязанности. Чтобы понять происхождение и смысл этой теоретической концепции, необходимо обратиться к её философским, этическим и юридико-догматическим предпосылкам.

Каким образом произошла интеграция понятия субъективного права с понятием юридической обязанности? Предпосылки этой интеграции были созданы ещё до теоретического синтеза Савиньи, в рамках естественно-правовых теорий XVII–XVIII вв. Как отмечается в литературе, естественно-правовые теории XVII–XVIII вв. в гораздо большей степени предпочитали для описания частноправовых отношений оперировать понятием юридической обязанности, чем понятием субъективного права[1]. Собственно, приоритетпонятия юридической обязанности был заложен в самом подходе секулярной естественно-правовой теории к праву. Ключевыми понятиями, при помощи которых описывался механизм правового регулирования, являлись понятия поведения и объективно-правового предписания[2]. Объективно-правовое предписание создаёт нормативный (обязательный) стандарт поведения субъектов права, этим и исчерпывается существо юридического механизма. Иными словами, право регулирует поведение путем создания обязанностей[3]. Отсюда недалеко до более современной идеи, в соответствии с которой право регулирует поведение субъектов *исключительно* путём установления обязанностей.

Как ни парадоксально, но основа такого рода концепции лежит как раз в стремлении теоретиков естественно-правовой традиции обеспечить максимальное проведение в праве принципа свободы личности. В рассматриваемом случае это стремление приобретает форму стремления сделать правовой статус субъекта права (индивида) максимально предсказуемым. А для этого все правоограничения должны быть чётко и недвусмысленно зафиксированы в нормах права. Только ориентируясь на чёткие и заранее установленные правовые предписания,

[1] Dubischar R. Op. cit. S. 92.
[2] Ibidem.
[3] Ibidem.

субъектам права может быть обеспечена возможность планировать собственное поведение, а следовательно, и способность организовывать свою деятельность по собственному усмотрению. В этой логике (правовые) возможности определённого поведения, свобода выбора возникают у субъектов как следствие наличия и публичности правовых обязанностей, а не наоборот.

При подобном понимании основной функции права и структуры механизма правового регулирования основная нагрузка падает именно на понятие юридической обязанности. Субъективное право же является в лучшем случае лишь *отражением* юридической обязанности и уже по этой причине не может рассматриваться в качестве основной категории частного права. Подтверждением того, что именно такая логика рассуждений господствовала в рамках секулярных теорий естественного права XVII–XVIII в., могут служить следующие обстоятельства.

Прежде всего цивилистика того периода склонялась к отождествлению субъективного права, дозволения и отсутствия юридической обязанности[1]. Логика рассуждений в данном случае выглядела следующим образом: при помощи объективно-правовых предписаний (обязанностей, запретов) устанавливаются чёткие границы индивидуальной свободы: важно не только (и не столько) то, что запрещено, сколько то, что всё остальное, за исключением прямо запрещённого, разрешено. По этой причине дозволение (свобода определённого поведения) означает отсутствие юридической обязанности и производно от последнего. Дозволение при этом трактуется максимально широко. В эту категорию входит как прямо разрешённое поведение, так и поведение, которое вообще не регулируется правом (что в данном случае равнозначно отсутствию юридической обязанности). Поскольку же и в первом, и во втором случае следствием отсутствия обязанности является свобода поведения, дозволение оказывается синонимом субъективного права.

Эта трактовка понятия субъективного права довольно сильно отличается от классической версии этого понятия, идущей от поздней схоластики, с которой работает традиционно цивилистическая доктрина. В рамках традиционных представлений свобода выбора (*liberum arbitrium*) моделируется по образцу права собственности (*dominium*)[2]. Отсюда, в частности, идея о распоряжаемости как ключевом признаке права и чрезвычайно высокая степень свободы распоряжения принадлежащими субъекту частными правами, в том числе и свободой[3]. Секулярная же теория естественного права, напротив, трактовала все субъективные права по

[1] Ibid. S. 93–94.
[2] Seelmann K. Die Lehre des Fernando Vazquez de Menchaca vom Dominium. Köln; Berlin; Bonn; München: Heymanns, 1979.
[3] Tellkamp J.A. Über den Zusammenhang von Freiheit und Sklaverei bei Vitoria und Soto // Politische Metaphysik: Die Entstehung moderner Rechtskonzeptionen in der Spanischen Scholastik / Hrsg. von M. Kaufmann, R. Schnepf. Peter Lang, 2007. S. 155–175.

модели свободы, понимаемой как отсутствие юридической обязанности. Естественно, что подобная трактовка позволяет рассматривать в качестве субъективно-правовых гораздо более широкий круг феноменов, нежели это имеет место в рамках классического понимания, ориентированного на позднюю схоластику. Мы имеем дело по существу с наиболее ранней формой теории субъективного права как рефлекса юридической обязанности. С этой точки зрения любое отсутствие юридического императива следует трактовать как предоставляющее соответствующему лицу возможность субъективно-правового характера.

Возникает вопрос: а для чего, собственно, вообще нужно здесь понятие субъективного права, если и оно само определяется при помощи категории юридической обязанности и только последнее понятие носит фундаментальный характер? Позднейшие теории рассматриваемого типа вообще отказались от использования этого понятия. Но секулярная теория естественного права этого сделать не могла, ибо это бы подрывало её естественно-правовые основы. Для естественного права субъективные права – первичная реальность и способ организации социальных связей. Элиминация этой категории означала бы невозможность описания социальных взаимодействий субъектов. По этой причине понятие субъективного права было лишь скорректировано в направлении его «настройки» на иных субъектов (помимо управомоченного), которая и обеспечивается при помощи понятия юридической обязанности.

Однако в данном случае сразу же возникает определённая трудность юридико-догматического характера, которая касается того, что́ здесь следует считать критерием субъективизации юридической возможности. Другими словами, вопрос стоит следующим образом: если любой рефлекс (отсутствия) юридической обязанности следует автоматически трактовать как предоставляющий лицу юридическую возможность субъективно-правового характера, в чём заключается критерий, в соответствии с которым можно отличить субъективное право от объективного? В случае с рассматриваемой теорией таковым, вероятно, следует считать так называемый принцип корреляции (соответствия) между субъективными правами и юридическими обязанностями.

В самом деле, дозволение есть прежде всего следствие отсутствия обязанности, следовательно, права и обязанности связаны как корреляты, наличие обязанности у одного лица означает наличие права у другого и одновременно отсутствие обязанности у самого управомоченного. Отсюда то, что отечественная доктрина назовёт потом *представительно-обязывающим* характером (императивно-атрибутивным) механизма правового регулирования. Появление доктрины «*jus et obligatio sunt correlata*» оказало влияние на формирование теории субъективных частных прав сразу в нескольких отношениях.

Прежде всего начался пересмотр понимания вещного правоотношения. Классическая позиция исходила из того, что субъективное вещное право представляет собой господство над

вещью[1]. Понятие господства над вещью обычно предполагает наличие непосредственной связи между управомоченным субъектом и объектом принадлежащего ему права, которая выражается в способности управомоченного контролировать юридическую судьбу вещи (для права собственности – целиком, для ограниченных вещных прав – частично). Отношения между субъектом вещного права и другими лицами если вообще рассматривались, то имели с точки зрения классической доктрины вторичный, вспомогательный характер. Иные (помимо управомоченного) лица не вправе вторгаться в сферу исключительного господства управомоченного, совершать действия, которые блокируют контроль управомоченного над объектом права. Как видим, в рамках такого представления сфера господства управомоченного оказывается «привязанной» к объекту его права. И границы объекта права совпадают с границами сферы исключительного господства управомоченного. В рамках теоретической концептуализации подобного типа достаточно зафиксировать связь между управомоченным и объектом принадлежащего ему права для того, чтобы исчерпывающе описать содержание соответствующей правовой возможности. Иные лица, их обязанности не играют существенной роли при описании содержания вещного права, если его рассматривать в таком ракурсе.

Именно по этой причине, кстати, все теории субъективного частного права, которые моделировали субъективное право по образцу права собственности (как, например, Саламанкская школа), формировались в соответствии с логикой прав, отношения управомоченного к объекту его права, а не отношений между субъектами (управомоченным и обязанным).

Ситуация резко меняется, если юридическая обязанность становится неизменным коррелятом субъективного права. Для обязательственного правоотношения это мало что меняет, поскольку обязательственное правоотношение трактуется как связь права и обязанности. Довольно радикальные изменения должно претерпеть именно понимание вещного правоотношения. Обязанности иных лиц, выражающиеся в запрете препятствовать собственнику осуществлять его господство над объектом, выходят на первый план. Вещное право реконцептуализируется из отношения к вещи в юридическую связь между управомоченным и обязанным субъектами. Более того, понятие общего запрета (запрета всем иным лицам вторгаться в сферу исключительного господства субъекта вещного права) становится конститутивным для понимания существа вещного права.

Различие между вещным и обязательственным правом также меняет свой характер. Это уже не различие между правом к вещи и правом к другому лицу. Это прежде всего различие между

[1] Третьяков С.В. Юридическое господство над объектом как догматическая конструкция континентальной цивилистики // Гражданское право: современные проблемы науки, законодательства, практики: Сборник статей к юбилею доктора юридических наук, профессора Евгения Алексеевича Суханова. М.: Статут, 2018. С. 481–509.

«общей» обязанностью (абсолютным запретом всем иным лицам нарушать чужое вещное право) и специальной обязанностью (конкретного должника в отношении конкретного кредитора)[1]. Парадоксальным образом различия между типами субъективных частных прав оказались сведёнными к формальным различиям между юридическими обязанностями в зависимости от круга обязанных лиц. Это, в свою очередь, создало предпосылки для того, чтобы заместить дихотомию «вещные / обязательственные права» посредством более формальной дихотомии «абсолютные / относительные права».

Значение объекта права в рамках понятия вещного правоотношения снижается. Если в рамках классического понимания само соответствующее субъективное право определялось посредством указания на связь субъекта и объекта, то теперь ситуация меняется.

Конститутивным для понимания вещного правоотношения становится именно отношение между субъектами (управомоченным и обязанным). Характер объекта имеет значение исключительно в плане отграничения вещного правоотношения от иных видов абсолютных правоотношений (т.е. таких, в которых также есть абсолютно-правовой запрет и корреспондирующее ему субъективное право, но объектом права выступает не индивидуально-определённая вещь).

Более того, статус объекта права остаётся в рамках этого нового понимания двусмысленным и всё более маргинализируется. Дело в том, что естественно-правовые представления предполагают, как уже указывалось выше, что право регулирует поведение субъектов. Оно не может непосредственно воздействовать на неодушевлёные и лишённые воли и сознания объекты прав. Это прямо вытекает из представления, в соответствии с которым право регулирует поведение людей. По этой логике само понятие отношения между субъектом и объектом, на котором основана метафора «господства над вещью», не может быть квалифицировано в качестве теоретически корректного.

Строго говоря, объектом обязанности может быть лишь поведение обязанного лица, поскольку юридическая обязанность предписывает определённое поведение. Предписывать поведение можно лишь и исключительно субъекту. По этой причине настоящим объектом субъективного права должна быть всегда воля обязанного лица, а не индивидуально-определённая вещь.

Проблема, однако, состоит в том, что применительно к вещным правоотношениям границы обязанностей определяются физическими границами индивидуально-определённой вещи, в отношении которой осуществляется (вещно-правовое) господство. А характер «господства», т.е. содержание вещного права, напрямую зависит от того, в какой мере и каким образом физические свойства вещи позволяют над собой «господствовать». По этой причине вещь

[1] Dubischar R. Op. cit. S. 97.

также имеет конститутивное значение для определения содержания и характера вещного права.

Это привело к некоторому компромиссному решению. Суть его заключается в том, чтобы различать «юридический» и «фактический» объекты вещного правоотношения. Если юридическим объектом в полном согласии с естественно-правовыми установками предлагается считать поведение (обязанного лица), то фактическим объектом признаётся индивидуально-определённая вещь[1]. Эта линия аргументации в пользу наличия нескольких объектов правоотношения будет в дальнейшем довольно популярной.

Едва ли не более важным следствием влияния секулярной теории естественного права на цивилистическую теорию субъективного права явилось формирование понятия правоотношения. Как уже многократно указывалось выше, классическая теория трактовала субъективное право как атрибут, свойство, способность (*facultas*) субъекта, а не как отношение[2]. Ключевой фокус этого подхода не на самом праве, а на позиции управомоченного, на господстве субъекта над объектом. Нельзя сказать, что это представление полностью игнорировало иных (помимо управомоченного) лиц. Так, в сфере обязательств господство трактовалось в качестве господства над волей обязанного субъекта. Но применительно к вещным правоотношениям иные лица находились на периферии конструкции субъективного права.

Ситуация радикально меняется, если аксиомой становится тезис, в соответствии с которым право регулирует отношения между людьми. Уже одного этого тезиса достаточно, чтобы перенести фокус с атрибутов на отношения. Логика регулирования исключительно поведения требует трактовки любого господства как отношения между «господствующим» и «подчинённым», т.е. как отношения. В самом деле, господство, даже господство над неодушевлённым предметом (например, индивидуально-определённой вещью), обеспечивается лишь в том случае, если все иные лица (помимо управомоченного) считают себя обязанными не вторгаться в сферу исключительного господства управомоченного. Сам по себе «физический» объект права не способен обеспечить господство или контроль за ним со стороны управомоченного. Господство, власть, контроль представляют собой *социальные отношения*, а не атрибуты из объектов. По этой причине единственный способ обеспечить господство одного лица – это установить обязанность для другого (других) лица (лиц). Понимание этого обстоятельства составило важнейшее достижение естественно-правовых концепций и правовой науки эпохи Просвещения. Отсюда становится понятным и генезис понятия правоотношения в рамках теории Савиньи, о чём речь пойдёт позже.

---

[1] Dubischar R. Op. cit. S. 102.

[2] Guzman Brito A. Historia de la denominación del derecho-facultad como «subjetivo» // Revista de estudios histórico-jurídicos. 2003. Nº 25. P. 407–443.

Собственно говоря, сама волевая стилистика, которая получила отражение в представлении о субъективном праве как господстве воли, в значительной мере способствовала признанию «реляционной» природы субъективных прав, того факта, чтосубъективное право всегда связано с корреспондирующей ему юридической обязанностью. Возможность выбора, который и осуществляется при помощи волевого акта, требует того, чтобы иные лица считали себя связанными этим актом воли. Иными словами, господство воли всегда предполагает отношение между волями различных лиц.

При этом необходимо иметь в виду, что трактовка господства воли как отношения возможна лишь при определённом понимании самой воли. Ведь и Саламанкская школа трактовала субъективное право в качестве господства воли управомоченного. Но это не приводило представителей поздней схоластики к идее о «реляционном» характере господства воли. Проблема состоит в том, что поздние схоласты трактовали понятие воли в морально-теологическом и философском смысле. Главная проблема, которую они решали, касалась прежде всего соотношения свободы воли и божественного предопределения. Теоретики секулярной теории естественного права, напротив, интересовались степенью свободы человека не столько в метафизическом и теологическом смысле, сколько в буквальном эмпирическом значении. Другими словами, они концентрировались не на отношениях личности и трансценденции, а на взаимной (не)зависимости внутри человеческих сообществ. Это, в свою очередь, предопределило *эмпирико-психологическое понимание воли* в рамках секулярной теории естественного права и просвещенческой теории права. Господство воли стало пониматься как направленное на волю же другого субъекта почти в бытовом, эмпирическом смысле слова. Это очень важная веха в развитии учения о субъективном (частном) праве, которая будет иметь серьёзные последствия в дальнейшем. Не осталось незамеченным это изменение семантики и для самих теорий XVIII–XIX вв.

Прежде всего, если господство воли раскрывается как отношение между волями различных субъектов, то из этого следует, что субъективное право представляет собой притязание на подчинение чужой воли. В самом деле, если существо субъективного права составляет господство воли, а каждому праву корреспондирует юридическая обязанность, то каждое субъективное право в конечном счёте представляет собой право на *чужое* поведение. Ведь господство воли обеспечивается подчинением чужой воли, а каждое право, как мы уже имели возможность убедиться, представляет собой рефлекс юридической обязанности. В основе этого тезиса лежит базовая интуиция всей естественно-правовой и просвещенческой традиции, в соответствии с которой право регулирует поведение посредством установления обязанностей. Соответственно, конститутивной для любого субъективного права будет именно корреспондирующая ему юридическая обязанность.

Отсюда становится понятным, почему любое субъективное право представляет собой право на чужое поведение. Первична обязанность, а обязанность устанавливает нормативныйстандарт поведения для обязанного лица. Субъективное же право представляет собой следствие обязанности в пользу определённого лица, т.е. следствие необходимости чужого поведения (а не возможности поведения управомоченного). Эта идея также получит в дальнейшем развитие в теории субъективного права.

Всё это, в свою очередь, приводит к тому, что субъективное право начинает трактоваться как *право требования к обязанному лицу.* Действительно, если квалифицироватьсубъективное право в качестве отношения, то в статичную картину, сконцентрированную на сфере «господства воли» управомоченного, добавляется новый динамический аспект – аспект *эффекта* действия субъективного права[1]. Если метафора господства воли (управомоченного субъекта) фокусируется на положении самого управомоченного, то понимание субъективного права как отношения подчёркивает *действие* права по кругу лиц. Если объединить аспект господства воли и аспект отношения, то получается как раз то, что Савиньи назвал «сферами господства» различных субъектов частного права. В понятии сферы господства объединяются статический компонент господства и динамический компонент отношения к другому. Эту интегративную функцию выполняет пространственная метафора взаимных «сфер господства», при помощи которых воля помещается в пространство, в котором она сосуществует с другими волями.

Меняется и представление о содержании субъективного права. Отныне право конструируется как направленное на другую волю – волю субъекта юридической обязанности. Иначе говоря, объектом господства с рассматриваемых позиций ничего, кроме поведения или воли обязанного лица, быть не может. Это касается даже субъективноговещного права. Йозеф Унгер даже заметил, что вещное право и приобретает характер (субъективного) права только в аспекте действия против третьих лиц[2]. Таким образом, вещное право в субъективном смысле трактуется как юридическая возможность управомоченного лица требовать от обязанных лиц не нарушать его право. Иными словами, вещное право моделируется по образцу права требования в обязательственном правоотношении. Эта конструкция не лишена противоречий, главным образом вследствие некоторой тавтологии, которая образуется: иные лица обязаны не вторгаться в сферу исключительного господства управомоченного, а сама эта сфера исключительного господства определяется как то, во что иным лицам запрещено вмешиваться. Тем не менее эта конструкция прямо вытекает из основных постулатов секулярной теории естественного права.

Проведённый анализ, как представляется, позволил внести ясность в некоторые аспекты

[1] Dubischar R. Op. cit. S. 101.
[2] Unger J. System des österreichischen allgemeinen Privatrechts. Bd. 1. 3. Aufl. Leipzig: Breitkopf und Härtel, 1868. S. 516.

волевой теории субъективного (частного) права в том виде, в котором она была сформулирована Савиньи.

Ещё одним важным теоретическим источником, который оказал значительное воздействие на представления Савиньи о субъективном праве, является этическая и правовая теория Иммануила Канта. Именно в рамках этической и правовой концепций Канта был сформулирован и обоснован целый ряд идей, ставших основой волевой теории субъективного частного права. По этой причине представляется необходимым остановиться на этом вопросе подробнее.

Ключевым пунктом кантианской этики является специфическое понимание свободы личности как самоопределения. Свобода у Канта представляет собой способность принимать самостоятельные и рациональные решения – решения, основанные на разуме, а не на аффектах, импульсах[1]. По мнению Канта, удовольствие или стремление к счастью, хорошее здоровье и тому подобные ценности не могут быть положены в основу этики, поскольку их можно утратить или даже ими злоупотреблять. Единственная этическая ценность, которая не зависит от конкретных обстоятельств конкретных индивидов, – это «добрая воля»[2]. Добрая воля представляет собой необходимость действовать рационально, а не аффективно, следуя импульсам, поддаваясь эмоциям и сиюминутным желаниям. Иными словами, воля у Канта занимает центральное положение, поскольку она рационализирует жизнь субъекта, позволяя подчинить её *правилам*, которые он сам задаёт себе в рациональном акте волнения[3]. Вот именно здесь, на мой взгляд, кроется основа того значения, которое понятие воли приобрело после Канта в гуманитарных науках и прежде всего в теории частного права. Рационализация воли позволила резко отделить её от нерациональных или недостаточно рациональных элементов субъективности. Это представление хорошо накладывается на различие между каузой и мотивом сделки, между самой сделкой как актом осознанного выбора субъекта частного права и мотивами к её совершению.

Ключевая характеристика личности состоит в самоконтроле и способности осознанного принятия решений. Именно поэтому самая важная характеристика индивида заключается в его *автономии,* т.е. способности самостоятельно создавать для себя нормы поведения. Только индивид, действующий на основе разума, автономен, поскольку действует независимо от предупреждений, собственных аффектов или эмоций. В противном случае, когда индивид действует на основе аффектов, он действует гетерономно, поскольку, подчиняясь аффектам, индивид впадает в зависимость от них, что делает его несвободным. Свобода в этом смысле

[1] Hill J.L. After the Natural Law: How the Classical Worldview Supports Our Modern Moral and Political Views. San Francisco: Ignatius Press, 2016. P. 227.
[2] Ibidem.
[3] Ibidem.

понимается не как право на некоторые блага, которые дают возможность самостоятельности, а как взаимная независимость индивидов друг от друга[1]. Подобного рода независимость не может быть достигнута и обеспечена, если ориентироваться на конкретные потребности и цели того или иного субъекта. Индивид не может быть защищён от последствий действий другого лица, поскольку в противоположном случае это означало бы навязывание этому последнему целей другого лица.

В этом смысле существо кантианского понимания автономии личности заключается в способности индивида самостоятельно определять цели собственного поведения, собственную повестку дня. Соответственно, свобода должна трактоваться как защищающая право выбора индивида возможность самостоятельно определять собственные цели. Свобода в рамках подобной трактовки представляет собой прежде всего свободу *от вмешательства других лиц*, а не свободу от последствий собственного поведения (принятых и оказавшихся неудачными решений) и не свободу от неблагоприятных внешних условий среды, в которых индивиду приходится принимать решения[2].

В качестве ключевого компонента частной автономии Кант рассматривает суверенитет личности, способность самостоятельно определять свои собственные цели. При этом важно иметь в виду, что, по мнению Канта, суть суверенитета личности не столько в том, что индивид вправе принимать значимые решения, которые касаются его самого, сколько в том, что никто иной не обладает правом принимать такие решения в отношении другого лица[3]. Иными словами, подчёркивается негативный аспект индивидуальной свободы, тот факт, что свобода обеспечивается посредством чужого поведения и поведения, которое заключается в воздержании. Кантианское понятие свободы институционализирует (этические и правовые) ограничения, налагаемые на чужое поведение с целью защитить индивидуальную свободу. При этом указанные ограничения не служат какой-либо определённой цели или конкретному интересу того или иного индивида. Они направлены на обеспечение индивидуальной свободы выбора *par excellence,* свободы как таковой. В этом существо кантовского этического формализма: защищается *форма* поведения, сам акт суверенного выбора, безотносительно к его содержательным характеристикам[4]. В этом смысле важно, что индивид поступает хорошо не столько потому, что он является достойным человеком, как полагал Аристотель, сколько потому, что он действует исходя из определённого принципа, следуя ему. Это опять-таки

[1] Ripstein A. Force and Freedom: Kant's Legal and Political Philosophy. Cambridge: Harvard UniversityPress, 2009. P. 30–56.
[2] Ibidem.
[3] Ibid. Ch. 2.
[4] См.: Kiefner H. Der Einfluß Kants auf die Theorie und Praxis des Zivilrechts im 19. Jahrhundert // Kiefner H. Ideal wird, was Natur war: Abhandlungen zur Privatrechtsgeschichte des späten 18. und des 19. Jahrhunderts. Goldbach: Keip, 1997. S. 75; Kersting W. Wohlgeordnete Freiheit: Immanuel Kants Rechts- und Staatsphilosophie. Berlin: New York: De Gruyter, 1984. S. 4.

связано с представлением Канта, что импульсы и желания, даже правильные с этической точки зрения импульсы и желания, были бы слишком непрочным фундаментом для этики. В основу этики может быть положен только рациональный принцип, который устанавливает рациональный субъект сам для себя и которому он *обязан следовать,* и не потому, что это хорошо, а потому, что это правильно[1]. Здесь уже видна концептуальная связь между частной автономией и обязанностями.

Второй важнейшей характеристикой кантианского понятия свободы является тот факт, что это понятие невозможно идентифицировать и описать иначе, как относительно других (помимо самого управомоченного) лиц. Другими словами, свобода – это не право на определённое поведение самого управомоченного, а право на чужое воздержание от поведения. У него нет позитивного содержания. Это право на взаимное воздержание от навязывания друг другу собственных целей. В этом смысле право к другому лицу существуетлишь постольку, поскольку существует аналогичное право по отношению к самому субъекту. В этом смысл принципа взаимности.

Свобода личности, по мнению Канта, представляет собой естественное право каждого индивида. Естественным его следует трактовать в том смысле, что оно принадлежит каждому субъекту с рождения и вытекает из принципа взаимности. При этом принцип формализма позволяет не наделять свободу конкретным позитивным содержанием. Неважно, какие конкретно цели преследует или выбирает тот или иной индивид. Важно лишь то, чтобы его действия не навязывали его цели и интересы другим лицам. В этом смысле свобода каждого имеет смысл только в той степени, в которой она совместима со свободой всех других[2].

Это очень интересный и крайне удачный вариант решения проблемы взаимной совместимости свободы всех. Если мы определяем индивидуальную свободу позитивно, т.е. указывая конкретные цели и интересы, то сама свобода выбора оказывается инструментом по отношению к этим целям и интересам и степени их достижения. Кроме того, цели и интересы гетерогенны и могут сталкиваться между собой. Поэтому нам придётся вырабатывать некоторую иерархию целей и интересов, а это значит, что мы будем навязывать собственные представления о ранге целей и интересов другим субъектам. Если же мы определяем свободу негативно, то появляется возможность избежать этой коллизии. Условием взаимной совместимости индивидуальной свободы различных субъектов будет то, что каждый из них не будет навязывать свои цели другим, если он не хочет, чтобы цели навязывали ему.

Другими словами, право на моё собственное поведение в данном случае является не следствием, а оборотной стороной воздержания другого субъекта, а моё собственное

[1] Hill J.L. Op. cit. P. 228.
[2] Pinkard T. German Philosophy 1760–1860: The Legacy of Idealism. Cambridge: Cambridge UniversityPress, 2002. P. 54.

воздержание обеспечивает мое же право на автономию[1]. Обязательства не просто носят взаимный характер, они идентичны: я свободен лишь в той степени, в какой свободен другой, а его свобода зависит от моего воздержания в той же степени, в какой моя свобода зависит от его воздержания. Образуется своеобразная сеть взаимных ограничений, ни одно из которых не может быть осуществлено без того, чтобы не осуществлялись другие.

Именно по этой причине свобода признаётся прирождённым правом. Обоснование свободы происходит внутри сети взаимных ограничений, в рамках которой она только и может существовать. В этом смысле, как ни парадоксально, свобода касается не столько самого субъекта, сколько его отношения к другим лицам. Независимость возможна исключительно как отношение к другому.

При этом важно иметь в виду, что свобода в кантианском смысле не означает того, что индивид оказывается защищённым от негативных последствий реализации свободы другим лицом. Реализация другим лицом своей собственной свободы выбора может повлечь возникновение негативных последствий для индивида, например, когда кто-то купил вещь, которую вы хотели купить, раньше вас. Негативные последствия чужого выбора налицо, но защищать вас от них было бы неправильно, поскольку это означает подчинить волю другого лица вашим целям, что прямо противоречит кантианскому пониманию свободы.

Ещё одна ключевая идея, лежащая в основе кантианского понимания свободы, касается свободы как прирождённого права. По мнению Канта, свобода как способность самостоятельно определять собственные цели имеет в качестве фундамента телесную неприкосновенность личности. Любое посягательство на телесную неприкосновенность автоматически влечёт и посягательство на свободу самоопределения, поскольку мешает субъекту свободно распоряжаться самим собой. В этом смысле право на собственную личность носит первичный характер по отношению ко всем другим разновидностям прав. Право на собственную личность носит бесспорный характер, не вызывая тех сложных проблем с обоснованием, которые характерны, например, для права собственности или иных частных прав.

Даже идею свободы как сети взаимных идентичных обязательств легче всего продемонстрировать именно на примере права на собственную личность и её неприкосновенность. Неприкосновенность понимается именно как притязание на то, чтобы другие воздерживались от вмешательства. Именно это негативное содержание обязанности оказывается идентичным содержанию самого права. Управомоченный не имеет прав больше того, к чему обязываются все другие. Свобода и неприкосновенность образуются как следствие совокупности негативных обязательств, а не как следствие признания некоторого позитивного права на реализацию каких-либо конкретных целей или интересов субъектов.

[1] Kersting W. Op. cit. S. 89–90.

Это, как уже указывалось выше, позволяет не связывать индивидуальную свободу с каким-то определённым видом целей, благ или интересов, что потребовало бы специального обоснования содержательного характера. Формализм целей (любые цели, которые решит преследовать индивид и которые могут быть совместимыми с возможностью для других индивидов преследовать цели, которые они посчитают необходимым преследовать) позволяет обосновать свободу из самой себя, а не из каких-либо содержательных принципов. Подобная постановка вопроса оказала весьма серьёзное воздействие на трактовку этих вопросов в рамках цивилистической теории, в особенности, естественно, в рамках теории субъективного частного права. Канту удалось убедительно продемонстрировать, что идея частной автономии, понимаемой как сфера исключительного контроля индивида, совместима с идеей, что частные права – это права на чужое поведение. В предшествующий период времени эти идеи выражали конкурирующие традиции понимания субъективного права. Первая из них, традиционная, берущая начало из учений постглоссаторов и католической теологии XIV в., наибольшее выражение получила в рамках поздней схоластики. Вторая же, возникнув в протестантской теологии, в развитой форме была обоснована в рамках секулярной теории естественного права и цивилистике эпохи Просвещения. Эти традиции до Канта представлялись как плохо совместимые друг с другом. Если рассматривать частную автономию как исключительную сферу индивидуального господства или контроля, то это предполагает, что право на собственное поведение управомоченного первично. Ведь именно сам управомоченный задаёт «повестку дня» в рамках закреплённой за ним сферы исключительного господства. Если же мы трактуем субъективное право как право на чужое поведение, то идея сферы собственного господства не поддаётся выражению с помощью права на чужое поведение.

Канту удалось довольно убедительно совместить эти две теоретические перспективы. Он показал, что частная автономия производна от взаимного признания частной автономии других лиц; что сама способность выбирать (основа частной автономии) возникает как следствие взаимного признания способности выбирать; что важно не столько то, что является объектом выбора, сколько сам акт выбора, а акт выбора всегда предполагает его соотнесённость с поведением других лиц.

Таким образом, существо частной автономии и индивидуальной свободы выбора Кант видит не столько в конкретном содержании тех или иных возможностей, сколько в идее *взаимной совместимости индивидуальных актов выбора.* Ещё с большей очевидностью та же идея получила выражение в кантианской теории приобретённых прав. Как ужеотмечалось выше, Кант признаёт существование естественных прав, которые возникают с момента рождения, и приобретённых прав. Приобретённые права возникают как «расширение» свободы выбора на внешние по отношению к самому субъекту объекты. Свобода выбора применительно к правам

на внешние объекты трактуется как производная от автономии индивида, от его способности задавать себе самому цели по своему собственному усмотрению.

Относительно прав на внешние объекты, однако, существует определённая сложность, которая отсутствует применительно к праву на собственную личность и её неприкосновенность. Дело в том, что внешние объекты отделимы от личности. Применительно к праву на собственную личность любая агрессия, направленная на личность, означает автоматически посягательство на частную автономию. Но относительно прав на внешние объекты этот тезис требует дополнительного обоснования. Эта проблема вызывала хронические споры. Влияет ли на чужую свободу приобретение мной права собственности на бесхозяйную вещь? С одной стороны, я приобретаю вещь, которая до этого никому не принадлежала, поэтому вроде бы я *prima facie* ничьей свободы не затрагиваю. С другой стороны, факт приобретения права собственности влечёт возникновение у всех иных лиц (кроме собственника) негативных обязанностей (воздерживаться от вторжений), поэтому интересы иных лиц всё же затрагиваются.

Кант и в данном случае внёс существенный вклад в рассмотрение этого вопроса, изменив фокус его изучения. Традиционно теории собственности пытались обосновать, почему акт приобретения права собственности одним лицом обязывает всех других лиц. Кант же в основу анализа положил другой вопрос: при каких условиях право (частной) собственности вообще возможно? Ответ на этот вопрос, как представляется очевидным, лежит совершенно в иной плоскости, чем ответ на предыдущий вопрос. Приобретённые права требуют определения условий их приобретения. Объекты приобретённых прав, например, права собственности, отделимы от личности. Поэтому третьи лица должны иметь возможность понимать, что вещь принадлежит другому лицу. С правом на неприкосновенность личности подобной проблемы не возникает, поскольку благо в данном случае неотделимо от личности[1].

По этой причине основной предпосылкой приобретения права (собственности) будет не столько активность самого управомоченного, сколько установление позитивной обязанности иных лиц воздерживаться от нарушений чужого права (собственности). В самом деле, только позитивное право может определить формальные условия защиты права. И только если определены указанные формальные условия, лицо может приобрести право. Сам по себе факт физического контроля над объектом ещё не свидетельствует о наличии у контролирующего субъекта правовой власти над объектом. Правовая власть над объектом зависит от того, устанавливаются ли обязанности всех иных лиц воздерживаться от вторжений.

Эта схема в точности повторяет описание Кантом характера права на собственную личность, но с одним весьма существенным отличием. Право на собственную личность неотделимо от

[1] Ripstein A. Op. cit. Ch. 3.

личности и не вызывает проблем при определении его границ (того, во что нельзя вторгаться иным лицам). Приобретённые же права на отделимые от личности объекты (например, право собственности) требуют более чёткого определения границ обязанностей субъектов. Иным лицам необходимо чётко понимать, что они имеют дело с чужим имуществом и каковы границы власти управомоченного. Здесь эти границы и основания возникновения определить сложнее, чем применительно к неотделимым от личности благам. По этой причине в данном случае необходимо вмешательство позитивного права. Только установление позитивной обязанности (абсолютного запрета вмешательства) сделает приобретение права *возможным – возможным* в том смысле, что право окажется нормативно обеспеченным. Опять-таки в данном случае существует отличие от естественных прав, в которых вмешательства публичной власти и позитивного права не требуется, поскольку границы и содержание права на собственную личность возможно с достаточной степенью определённости установить самим субъектам в их взаимных отношениях.

Однако логика формирования исключительных сфер господства и в том и в другом случае идентична. И применительно к естественным правам, и применительно к правам приобретённым сфера исключительного господства управомоченного образуется из его взаимодействия с иными лицами. И в том и в другом случае вопрос ставится следующим образом: в какой мере акт индивидуального выбора совместим со свободой других лиц? С точки зрения цивилиста конститутивным признаком наличия особой сферы господства управомоченного будет наличие обязанности воздерживаться от нарушений чужой правовой сферы. Различие же между естественными и приобретёнными правами состоит только в том, что во втором случае эта обязанность должна быть установлена позитивным правом.

Таким образом, влияние Канта на понимание Савиньи субъективного права и правоотношения можно считать бесспорным. Прежде всего оно выразилось в совмещении понимания субъективного права как господства воли с его пониманием как отношения.

Отсюда следует, что значение философии права Канта для развития теории субъективного права в XIX в. связано прежде всего с обоснованием идеи частной автономии, основанной на существовании у субъектов частных прав. Если понятия права как атрибута и права как господства субъекта над объектом были сформированы в рамках схоластической теологии и рационалистической юриспруденции раннего Нового времени, то понимание права как отношения представляет собой третий важнейший элемент теоретической конструкции субъективного права, который появился благодаря усилиям Канта и Савиньи.

Для того чтобы лучше понять смысл и значение этой теоретической инновации, необходимо иметь в виду следующее: секулярная юридическая теория XVII–XVIII вв. также исходила из идеи автономии воли как фундаментального принципа организации частного права. Проблема

лежала в плоскости необходимости его теоретического обоснования. Для поздних схоластов, которые, собственно, и выдвинули понятие автономии воли на первый план, эта проблема не стояла. Проблема автономии воли исследовалась как аспект соотношения человеческой свободы и божественного предопределения. Этот вариант уже не был доступен для сторонников секулярной теории естественного права вследствие его неразрывной связи с католической теологией. В результате постулат автономии воли былпросто принят за основу в качестве аксиомы, истинность которой интуитивно очевидна. Это решение помогло секуляризировать моральную и правовую теорию. Но оно не могло выглядеть слишком убедительным для всех, как любые аргументы, основанные на интуиции. Кант предложил оригинальное и крайне интересное решение как раз этой проблемы.

Смысл его состоит в том, что автономия воли возможна только как взаимное признание автономии другого. Признавая свободу другого, субъект тем самым конституирует собственноручно свободу, поскольку его собственная свобода зависит от признания её другим, а свобода другого – от признания её самим субъектом. Это имело два важных последствия. Во-первых, в результате мы получаем самообоснование принципа частной автономии, который для своего существования требует только взаимного признания субъектами автономии друг друга. Иными словами, нормативность частной автономии есть результат взаимных актов субъектов. Никаких гетерономных структур (божественной воли, законодателя) для обоснования автономии воли не требуется. Во-вторых, суть частной автономии состоит в наличии взаимных притязаний (на признание) субъектов друг к другу. Притязание же представляет собой право требования, т.е. субъективное право. Иначе говоря, *конструкция частной автономии предполагает центральное место категории субъективного права в этической и правовой теории.* Вот это и составляет важнейшую инновацию кантианской философии в рамках теории субъективного права.

До кантианского варианта обоснования частной автономии категория субъективного права не могла играть роль «конечной абстракции» частного права. В рамках поздней схоластики это было невозможно в силу её теологических оснований, которые блокировали возможность однозначно рассматривать индивидуальную волю как точку отсчёта. Секулярные же теории естественного права XVII–XVIII вв., принимая автономию воли за отправную точку частного права, не смогли предоставить убедительную теорию обоснованияеё центрального положения и фундаментальной роли.

Оригинальность кантианского решения проблемы как раз в том и состоит, что Кант обосновал частную автономию через механизм взаимных притязаний. Таким образом, автономия воли получила нормативное основание, а способом обоснования стала категория субъективного права. Другими словами, автономия возможна как взаимное признание

субъектов, а взаимное признание расшифровывается как взаимные притязания, т.е. субъективные права. *Таким образом, частная автономия и субъективные права оказались не только неразрывно связанными друг с другом, а более того, субъективные права стали способом существования автономии воли.* Поскольку же автономия воли рассматривалась уже в XVII–XVIII вв. как основа частного права, то, признав категорию субъективного права основой автономии воли, мы тем самым выдвигаем её на роль основы теории частного права. Вот этот новый компонент – обоснование автономии воли с помощью субъективных прав – и выдвинул категорию субъективного права на первую роль.

Вышесказанное, как представляется, позволяет существенно прояснить и вопрос относительно момента возникновения категории субъективного (частного) права. Всё зависитот того, каким образом понимать категорию субъективного права и его роль в частном праве. Если понимать субъективное право как атрибут или свойство субъекта, то, строго говоря, понятие субъективного права уже существовало по крайней мере с XIV в. При такой трактовке сутью субъективного права, критерием «субъективации» является просто сама возможность рассматривать право как свойство индивидуума. Такая трактовка носит максимально широкий и довольно неопределённый характер, поскольку любая возможность поведения, которая предоставляется в пользу определённого субъекта (категории субъектов), рассматривается как субъективное право. Такое понимание вообще не обнаруживает частноправовой специфики категории субъективного права, поскольку и публичное право может закрепить за индивидуумом возможность определённого поведения и гарантировать ему доступ к определённому благу.

Второй вариант решения проблемы возможен с ориентацией на теоретический синтез Саламанкской школы, которая объединила понятия права как атрибута и права как господства субъекта над объектом. Здесь, несомненно, уже значительно чётче выражена «цивилистическая природа» категории субъективного права, поскольку в рамках единого понятия объединены две важнейшие черты: идея атрибута субъекта и идея распоряжаемости. Однако категория субъективного права ещё не может рассматриваться как центральная для частного права. Скорее неосхоластика создала предпосылки для обоснования центрального места принципа автономии воли в частном праве. Этот принцип стал базовой аксиомой частного права лишь в рамках секулярных версий естественного права, когда из обоснования автономии воли неосхоластами были устранены трансцендентные компоненты.

В рамках секулярных версий естественно-правовой теории категория субъективного права уже имела, несомненно, большое значение, но не стала системообразующей для теориичастного права. Для того чтобы категория субъективного права стала центральным понятием цивилистической теории, необходимо было продемонстрировать её неразрывную связь с

категорией автономии воли, что оказалось под силу только Иммануилу Канту.

Таким образом, выдвигаемая здесь гипотеза сводится к следующему: если понимать категорию субъективного права как центральную категорию цивилистики, то моментом её возникновения следует считать посткантианскую германскую цивилистику первой трети XIX в.

Косвенным подтверждением этого тезиса является различие, которое существует по отношению к категории субъективного (частного) права в рамках двух основных национальных версий континентальной науки частного права. Для германской науки частного права, как уже неоднократно отмечалось выше, характерно отношение к субъективному праву как к основной и «конечной» абстракции частного права. Не случайно, что сама категория общей части частного права возникла именно в германской цивилистике именно в начале XIX в. Дело в том, что образование общей части невозможно без вычленения категории субъективного права как отдельной абстракции. Всё содержание общей части, как она понимается в пандектистике, структурируется вокруг категории субъективного права. В этом смысле общая часть классического частного права представляет собой учение о правах вообще, об их субъектах, объектах, основаниях возникновения (изменения или прекращения) и их защите. Все эти доктрины объединены понятием права в субъективном смысле. Соответственно, преимущества пандектной системы как способа изложения частного права могли быть оценены лишь после того, как категория субъективного права сама стала рассматриваться в качестве центральной категории цивилистики, т.е. после появления учения Канта. И действительно, господствующей пандектная модель изложения частного права стала в первой трети XIX в.

Интересный контраст с вышеизложенным положением дел создаёт ситуация с категорией субъективного права в рамках французской науки частного права. Здесь понятие субъективного права никогда не играло такой фундаментальной роли, как это характерно для германской правовой традиции. Скорее большее значение имеет понятие автономии воли, которое в его современном цивилистическом и коллизионно-правовом пониманиях и было разработано на французской почве[1]. Этот факт легко подтверждается количеством монографий, выпущенных по теории субъективного частного права во Франции и в Германии за последние 200 лет. Количество одних монографий по проблеме в Германии плохо поддаётся подсчёту, в то время как соответствующая цифра применительно к французской науке едва ли насчитывает более 10 наименований. Ну и, наконец, важным индикатором существующих различий является тот факт, что во Франции никогда не была особенно популярна пандектная система. Вероятнее всего, французские цивилисты просто не чувствовали в таком порядке изложения частного права острой необходимости. Ведь сам по себе порядок изложения частного права, основанный

[1] Ranouil V. L'Autonomie de la volonté: Naissance et évolution d'un concept. Paris: PUF, 1980.

на наличии общей части, сопряжён с определёнными неудобствами практического плана. Так же неудобен он и для преподавания, поскольку самые сложные абстракции цивилистической теории приходится излагать в начале курса, а не в конце, опираясь на знания конкретных институтов частного права. По этой причине удобство пандектной системы – это скорее миф, чем реальность. Пандектная система становится логичной или даже единственно возможной только тогда, когда категория субъективного права приобретает центральное положение. Моя гипотеза состоит в том, что это произошло (благодаря Канту, Савиньи и Пухте) в Германии и не произошло в полной мере во Франции. Именно этим и объясняются различия в структуре дисциплины.

Вместе с тем теорию субъективного (частного) права Савиньи и его ближайших коллег и учеников нельзя считать полностью кантианской. Этому препятствует, в частности, понимание Савиньи субъективного права по модели права собственности, унаследованное им из поздней схоластики. В самом деле, существо вещного права ведущий теоретик исторической школы права усматривал в господстве над вещью. Иными словами, для Савиньи в вещном праве отношение к вещи было первичным. Это прямо противоречит кантианскому пониманию права собственности, для которого характерен как раз акцент на абсолютно-правовую обязанность как конститутивную для определения вещного права[1].

Кантианская трактовка приобретённых прав вообще и права собственности в частности предполагала ключевую роль позитивного права и публичного права. Это плохо согласуется в целом с весьма скептическим взглядом Савиньи на роль законодателя и позитивного права в частном праве. По мнению Савиньи, частноправовые институты представляют собой результат эволюционного развития социума, решающую роль в котором играют обычное право и частноправовая доктрина. Ориентация на публичную власть несёт для развития частноправовых институтов больше рисков, чем плюсов.

Эволюция частноправовых институтов, по мнению Савиньи, представляет собой результат органического развития правовых форм, подчинённый их внутренней имманентной логике. По этой причине, например, установленная публичной властью абсолютно-правовая обязанность не могла трактоваться Савиньи в качестве существа вещного права, поскольку, если согласиться с этой кантианской трактовкой права собственности, то получается, что права собственности не может быть вне и помимо законодательства и публичной власти. Между тем бóльшая часть истории институтов частного права происходила как раз в отсутствие первого и при крайне слабом участии второго.

Кроме того, неизбежным следствием кантианской трактовки права собственности является возможность вмешательства публичного права в регулирование частноправовых институтов.

[1] Ripstein A. Op. cit. P. 92–93.

Ведь если установление публичной властью абсолютно-правовой обязанности составляет суть права собственности, то у публичной власти появляются дополнительные возможности манипулировать содержанием и основными характеристиками института права собственности. Другими словами, если существо права собственности, его основное и фундаментальное качество производно от законодательного регулирования, то, что принимать за право собственности, также может рассматриваться как результат законодательного регулирования и активности публичной власти[1]. Нет ничего менее похожего на точку зрения Савиньи, чем эта идея.

По аналогичной причине трудно согласиться с авторами, которые приписывают Савиньи всецело кантианскую трактовку понятия правоотношения[2]. Так, Ханс Кифнер полагает, что понятие правоотношения у Савиньи используется в качестве методологического инструмента для логического и систематического анализа частноправовой реальности, а не как гибрида юридической формы и социальной реальности[3]. Понятие правоотношения с этой точки зрения относится не к социальной реальности, а к правовой форме. Это средство анализа юридических взаимоотношений сторон, способ их юридической квалификации. При этом понятие правоотношения, как и правового института, не становится самим фактом, имеющим независимое существование, самостоятельный онтологический статус[4]. Скорее они представляют собой «методические фигуры», с помощью которых правовая форма анализируется, классифицируется и систематизируется[5]. Поэтому нормативная форма и фактическое содержание (поведение) всё-таки остаются у Савиньи отделёнными друг от друга, что соответствует кантианскому дуализму должного и сущего.

Проблема, однако, состоит в том, что обычно-правовая и доктринальная модель органического развития и эволюции частноправовых институтов плохо согласуется со строго аналитическим «кантианским» пониманием правового института и правоотношения. Правовая форма в рамках теории Савиньи не навязывается реальным социальным отношениям извне, при помощи «сознательного дизайна», а формируется как результат эволюции самих практик имущественного оборота. В этом смысле именно социальная реальность формирует правовые институты.

---

[1] Brudner A. The Unity of the Common Law. Oxford: Oxford University Press, 2013. P. 72.

[2] Интересно отметить, что российская дореволюционная цивилистике и общая теория права склонялась к более 2 аналитическому ориентированному на Канта пониманию субъективного права. Важное исключение составляетлишь Д.Д. Гримм: Гримм Д.Д. Юридическое отношение и субъективное право // Журнал Министерства Юстиции. 1897. №№ 4, 5. Общий обзор взглядов по проблеме субъективного права в дореволюционной литературе см.: Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. // Он же. Избранное. Т. 4. включая Общую теорию права / Вступ. слово, сост.: П.В. Крашенинников. М.: Статут, 2016, Глава 10. Теоретики же советского времени больше тяготели к органическому пониманию субъективного права как элемента правоотношения.

[3] Kiefner H. Lex frater a fratre. Institution und Rechtsinstitut bei Savigny // Kiefner H. Ideal wird, was Natur war: Abhandlungen zur Privatrechtsgeschichte des späten 18. und des 19. Jahrhunderts.

[4] Ibid. S. 103–106.

[5] Ibid. S. 106.

Аналитическая же модель предполагает, что правовая форма как система аналитических категорий существует сама по себе, а социальная реальность имущественного оборота – сама по себе. И задача состоит только в том, чтобы при помощи уже существующих правовых категорий и аналитических понятий квалифицировать складывающиеся в хозяйственной практике отношения. Эта модель в качестве минимального условия своего существования предполагает наличие развитой системы позитивного частного права и «национализацию» частного права государством. Ни того ни другого не было во времена Савиньи. Более того, как уже указывалось выше, Савиньи в высшей степени скептически относился к подобного рода идеям.

В данном случае, вероятнее всего, чувствуется влияние посткантианского романтизма и объективного идеализма, для которых неприемлем кантианский строгий дуализм (сущего и должного) и которые стремятся заместить его монистическим принципом взаимного опосредования (сущего и должного)[1].

По этой причине скорее правы те авторы, которые исходят из того, что понятия правоотношения и правовых институтов выражали идею органического развития правовой формы из социальной реальности, из существующих и развивающихся практик имущественного оборота[2]. В этом смысле правоотношение и правовой институт представляют собой гибрид сущего и должного, правовой формы и социально-экономического содержания[3]. Подобная постановка вопроса несовместима с кантианской теорией, одной из фундаментальных предпосылок которой является строгое и последовательное разграничение между миром норм и миром сущего[4].

Вышеизложенное позволяет понять ту причину, по которой Савиньи сохранил в рамках собственной теории субъективного частного права общую ориентацию на её построение по модели права собственности, а не по модели права требования. Как известно, теоретическое моделирование субъективного права как атрибута, свойства, способности субъекта по образцу права собственности восходит к теоретикам Саламанкской школы[5]. Альтернативная теоретическая модель субъективного права, ориентированная на просвещенческую традицию и философию Канта, напротив, исходит из того, что структурной моделью субъективного частного права следует считать обязательственное право требования.

---

[1] Beiser F.C. German Idealism: The Struggle against Subjectivism, 1781–1801. Cambridge: Harvard University Press, 2002.

[2] Rüthers B. Die unbegrenzte Auslegung: Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus. 7. Aufl. Tübingen: Mohr Siebeck, 2012. S. 278.

[3] Reutter W.P. «Objektiv Wirkliches» in Friedrich Carl von Savignys Rechtsdenken, Rechtsquellen- und Methodenlehre. Frankfurt am Main: Vittirio Klostermann, 2011.

[4] Бабаев А.Б., Бабкин С.А., Бевзенко Р.С., Белов В.А., Тарасенко Ю.А. Гражданское право: Актуальные проблемы теории и практики: В 2 т. / Под общ. ред. д.ю.н. В. А. Белова. 2-е изд., стереотип. М.: Юрайт, 2015. Очерк 6.

[5] Simmermacher D. Op. cit.

Социальная реальность практик имущественного оборота, из которых только, по убеждению Савиньи, и могли складываться институты частного права и аналитические абстракции цивилистики, предполагала в тот период именно модель вещно-правового господства в качестве приоритетной социально-правовой формы. Основной актив экономик того времени составляли движимые и недвижимые вещи, а основной формой контроля над ними являлся именно институт права собственности. На эту связь между господствующими формами организации рыночной экономики и частноправовыми способами их реализации уже обращалось внимание в литературе[1].

Соответственно, поскольку основным экономическим активом были телесные вещи, а доминирующей юридической формой, опосредующей контроль над ними, был институт права собственности, нетрудно предположить, что теория субъективного права будет моделироваться по образцу права собственности. Господствующие социальные и коммерческие практики предполагали подобный взгляд, а именно они, по мнению Савиньи, обладали ключевым значением с точки зрения формирования частноправовых форм и институтов. Другими словами, учитывая взгляды Савиньи на соотношение социальных практик и юридических институтов, он просто не мог ориентироваться на кантианское понимание субъективного права в полной мере.

Не случаен, вероятно, тот факт, что переход в теории субъективного права от вещно-правовой его модели к модели права требования состоялся в последней трети XIX в., как раз тогда, когда существенное значение в капиталистической экономике начали приобретать нематериальные активы, в связи с чем большее внимание стало уделяться частноправовым формам контроля над ними.

Моделирование субъективного частного права по образцу права собственности плохо монтируется с теоретическим постулатом об эквивалентности субъективных прав и юридических обязанностей, возникшим в рамках секулярной теории естественного права и юриспруденции эпохи Просвещения и получившим теоретическое обоснование в кантианской философской традиции. Строго говоря, само признание фигуры субъективного права уже представляет собой нарушение принципа эквивалентности. Ведь эквивалентность предполагает то, что описание содержания субъективного права идентично описанию содержания юридической обязанности. В конечном счёте это означает редукцию права к обязанности, что и было сделано во второй половине XIX в. в рамках неокантианских теорий субъективного частного права.

Однако для Савиньи это вряд ли могло быть приемлемым. Признание господства воли

[1] См.: Luhmann N. Op. cit. S. 54; Grossi P. La proprietà nel sistema privatistico della Seconda Scolastica // La Seconda Scolastica nella formazione del diritto privato moderno. Incontro di studio Firenze 16–19 ottobre 1972 / A curadi P. Grossi. Milano: Giuffrè, 1973. P. 134.

существом субъективного права не позволяет описывать содержание субъективного права исключительно посредством описания содержания корреспондирующей ему юридической обязанности. Скорее наоборот, это содержание юридической обязанности должно квалифицироваться как отражение корреспондирующего ей субъективного права, как связанность воли. И именно в этом духе Савиньи описывал обязательственное право, котороеон трактовал как господство над волей обязанного лица, иными словами, по модели вещно-правового контроля, господства над объектом[1].

Подобное понимание субъективного права предполагает иное, несколько более содержательное понимание воли, нежели это имеет место в рамках кантовского формализма. Скорее правы те авторы, которые указывают на связь теории Савиньи с посткантианскими направлениями немецкого объективного идеализма[2].

Так, понимание автономии воли субъекта Гегелем носит гораздо менее формальный, чем у Канта, характер. С точки зрения Гегеля, автономия воли не ограничивается просто способностью свободно выбирать, а касается прежде всего самоопределения личности[3]. Воля субъекта направлена на максимальную реализацию заложенного в личности потенциала[4]. С этой точки зрения приобретение права собственности должно рассматриваться как часть процесса самореализации, поскольку воля самоопределяющегося субъекта распространяется за его собственные «физические» пределы, расширяя сферу его возможностей. Поэтому приобретение права собственности вытекает у Гегеля не из отношений приобретателя и третьих лиц, а прежде всего из собственной его активности, направленной на апроприацию. В этом смысле «отношение к вещи» у Гегеля обладает гораздо более первичным и фундаментальным характером, чем «отношение ко всем иным лицам». При этом отношение к иным лицам также сохраняет значение. Гегель полагает, что признание третьими лицами чужого права (собственности) осуществляется в процессе отчуждения вещи другому лицу. Приобретая, приобретатель тем самым признаёт наличие права у своего контрагента[5]. Таким образом, любой акт рыночного обмена основан на взаимном признании прав на подлежащие обмену объекты. Чтобы получить чей-то объект, приобретателю необходимо признать право на этот объект, существующее у его контрагента,и наоборот.

Такая трактовка позволяет скорректировать наиболее проблематичные аспекты кантианской теории приобретённых прав. Во-первых, приобретённые права теряют свой в некоторой

[1] Savigny F.C. von. Op. cit. S. 370.
[2] Rückert J. Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny. Ebelsbach: Rolf Gremer, 1984.
[3] Хотя необходимо иметь в виду и то обстоятельство, что гегелевский логицизм вообще плохо согласуется с пониманием свободы выбора как усмотрения или произвола, способности выбрать не то, что «рационально» и необходимо, а вообще что угодно. О сложностях гегелевской трактовки автономии воли иполемике между ведущими адептами исторической школы и гегельянцами см. ниже.
[4] Brudner A. Op. cit. P. 112.
[5] Ibid. P. 128.

степени маргинальный статус. В частности, право собственности рассматривается как реализация личности. Таким образом, постулируется тесная связь между автономией воли и субъективными правами, которые моделируется по образцу права собственности. Это во многом напоминает подход поздней схоластики и хорошо стыкуется с представлениями Савиньи. Во-вторых, гегелевская трактовка позволяет уйти от этатизации и публицизации субъективных прав и права собственности прежде всего. Конститутивной для права собственности является воля субъекта, получающая реализацию в приобретении вещи, а не абсолютно-правовой запрет (препятствовать управомоченному), устанавливаемый публичной властью. Таким образом, субъективные права формируются внутри социальных практик, складываются как частные отношения. Даже этот самый абсолютно-правовой запрет получает обоснование из отношений между самими субъектами частного права, так сказать, имманентно, а не навязывается извне, трансцендентно. Очевидно, что подобное соотношение воли и субъективного права в гораздо большей степени соответствует логике теории Савиньи, чем аналитизма и формализма кантианского синтеза. Однако о прямом влиянии философии права Гегеля на Савиньи говорить трудно. Личные взаимоотношения двух прославленных профессоров Берлинского университета были напряжёнными, а взгляд Савиньи на философию Гегеля был в целом скептическим[1].

Вместе с тем необходимо отметить, что влияние немецкого романтизма и посткантианского объективного идеализма на понятия субъективного права и правоотношения в том виде, в котором их сформулировал Савиньи, не подлежит сомнению. Иначе трудно объяснить две характерные черты учения Савиньи о правоотношении. Во-первых, понимание правоотношения как единства фактического (отношения) и нормативного (урегулированного правом). Подобный гибрид прямо противоречит кантианскому строгому дуализму сущего и должного. Эта конструкция может быть понята лишь в контексте монистической логики взаимного опосредования (сущего и должного), которую отстаивали немецкие романтики и объективные идеалисты. Во-вторых, остаётся непрояснённым центральное место категории правоотношения. В рамках полностью кантианской системы частного права центральным должно было бы быть субъективное право. Только если иметь в виду представление, в соответствии с которым объективное право производно от социальных практик, в рамках которых оно генерируется и артикулируется, становится понятным, что категория правоотношения лучше всего фиксирует это «неразрывное единство» фактического и юридического. Логика в данном случае следующая: норма образуется как результат социальной практики, регулярности поведения. В этом смысле норма – это своего рода «сгусток» фактов, их концентрированное выражение. Но и практика, в свою очередь, формируется под

[1] Jouanjan O. Une histoire de la pensée juridique en Allemagne, 1800–1918. Paris: PUF, 2005. P. 57.

воздействием нормы. Таким образом, правовое регулирование представляет собой результат взаимного воздействия нормативной и фактической составляющих друг на друга. В таком случае нельзя сказать, что право регулирует отношения или что только отношения определяют содержание права (как это имеет место в рамках дуалистических моделей): и то и другое происходит одновременно. Поэтому правоотношение, которое как раз и представляет собой это единство права и факта, и будет центральной категорией науки частного права. В практическом же отношении такое «органическое» понимание частного права позволило Савиньи интегрировать рационалистические принципы и конкретное содержание институтов римского права.

Важным свидетельством влияния посткантианского объективного идеализма на понимание проблематики субъективного права и правоотношения у Савиньи является следующий интересный факт: вторая глава первого тома «Системы современного римского права» Савиньи, посвящённая источникам права, начинается с параграфа, посвящённого правоотношению[1]. С точки зрения кантиански ориентированного последовательного и строгого разграничения между должным и сущим это совершенно невозможная конструкция. Прежде всего правоотношение не может быть источником права, тем более основным. Дуалистическая кантианская логика предполагает, что правоотношение представляет собой результат действия нормы права или посредственное звено между нормой объективного права и поведением конкретных лиц в конкретном случае. Источником права может быть лишь норма права, а не норма права, неразрывно слитая с поведением субъектов, направленным на его реализацию. Только если рассматривать проблему с точки зрения монистического принципа (частичного) тождества субъекта и объекта, который характерен для посткантианского объективного идеализма, понятие правоотношения как единства юридического и фактического может рассматриваться как источник права. В самом деле, правовая форма и социальные практики, выраженные в поведении субъектов, взаимно порождают друг друга. Правовая форма не возникает ниоткуда, *ex nihilo*, как это имеет место в кантианских и неокантианских теоретических реконструкциях процесса генезиса правовой формы. Напротив, правовая форма представляет собой высшую (наиболее структурированную) форму существования материального содержания (социальных практик, поведения), а это материальное содержание (социальные практики экономического оборота) предполагает определённую правовую форму, содержит её, так сказать, *in statu nascendi*.

При таком понимании взаимодействия правовой формы и социального содержания понятие правоотношения и в самом деле становится ключевой конструкцией учения об источниках

[1] Савиньи Ф.К. фон. Система современного римского права: В 8 т. Т. 1 / Пер. с нем. Г. Жигулина; Под ред. О. Кутателадзе, В. Зубаря. М.: Статут, 2011. С. 278.

права. Эта модель несомненно заимствована Савиньи из арсенала посткантианского объективного идеализма. Здесь как нельзя лучше выражен *рекурсивный характер* органической объяснительной модели, когда части целого объясняются друг через друга и посредством ссылки на целое, а не наоборот, когда целое объясняется как механический агрегат частей. Такого рода органические объяснительные модели направлены прежде всего на то, чтобы избежать регресса в бесконечность (*reductio ad infinitum*), когда явление объясняется каузальным воздействием на него другого феномена, а последний – каузальным воздействием на него третьего феномена и так до бесконечности. Важная инновация органицизма как раз и состоит в том, что он рассматривает эти взаимодействия не как каузальные воздействия внешних друг другу явлений, а как взаимопорождения элементоводного и того же целого более высокого уровня[1].

Дело в том, что заимствованное из немецкого романтизма и объективного идеализма понятие организма обладает некоторыми неоспоримыми преимуществами перед механистическими или геометрическими моделями, которые использовались в науке частного права XVII–XVIII вв. Проблема последних заключалась в том, что строгий «математический» тип рациональности, с точки зрения которого теория естественного права пыталась обосновать рациональность частного права (основной материал составляло римское право), предполагал, что любые исключения «фальсифицируют» правило. По этой причине юристы и философы XVI–XVIII вв. сталкивались с большими трудностями, пытаясь, например, обосновать принцип виновной ответственности со ссылками на тексты римского права[2]. Любой текст источников, который не соответствовал принципу, должен неизбежно вести к фальсификации самого принципа. По этой причине, чтобы «спасти» принцип, учёным приходилось прибегать к различного рода дополнительным гипотезам, которые часто выглядели неубедительно.

Органическое понимание частного права предполагает, что наличие отдельных несоответствий и исключений само по себе ещё не свидетельствует о ложности общего принципа. Принцип, норма и факты находятся в *процессе* постоянной взаимной «настройки» и влияния. Взаимно порождая друг друга, они почти никогда не тождественны друг другу. Они находятся в сложном динамическом процессе взаимной обусловленности, никогда не являясь ни полностью тождественными друг другу, ни радикально отличными друг от друга[3]. Подобная методология позволяет толерантнее относиться к исключениям из правил и отходу от принципов, которые неизбежны, но которые трактуются именно как исключения, не

[1] Beiser F.C. The Romantic Imperative: The Concept of Early German Romanticism. Cambridge: Harvard University Press, 2003. Ch. 9.
[2] Gordley J. The Jurists: A Critical History. P. 99. 100, 110–147.
[3] Beiser F.C. The Romantic Imperative: The Concept of Early German Romanticism. Chs. 4, 8.

угрожающие существованию принципов. Ведь принципы и факты находятся в постоянном динамическом процессе взаимного опосредования, поэтому отдельный факт их взаимного несоответствия также следует воспринимать в «динамическом» духе, в плане движения в направлении друг друга, которое ещё не завершено (и никогда не будет окончательно завершено) и которое одинаково трансформирует и факты, и принципы. Это означает, что задача науки, как её понимали романтики, состоит не столько в поиске реальных и мнимых исключений и несоответствий в фактах и фальсификации принципов на этой основе, сколько в понимании и выявлении общей логики соответствующей дисциплины. Поскольку факт и норма не отделены жёстко друг от друга, нормативное имеет объективную фактическую основу, а фактическое всегда опосредовано нормативным. Это позволяет относиться и к тому и к другому как к проявлениям объективного, которое только следует обнаружить и отрефлексировать.

В рамках науки подобного типа никакие «исключения» из принципа виновной ответственности не способны фальсифицировать сам принцип виновной ответственности, если вы уверены, что этот принцип носит «объективный» (в смысле методологических принципов объективного идеализма) характер. Вот эту уверенность в объективности и добавили германский романтизм и объективный идеализм в немецкую цивилистическую теорию первой половины XIX в. Именно её и отражала категория правоотношения у Савиньи[1].

Едва ли не более важным обстоятельством является то, что именно такое «органическое» понимание господства воли в частном праве только и позволило выдвинуть категорию субъективного права (понимаемого как господство воли) в качестве базовой абстракции цивилистики. Ни для Савиньи, ни для Пухты не было секретом то, что всё частное право невозможно с одинаковой убедительностью объяснить посредством понятия господства воли, по крайней мере если господство воли понимать в его *эмпирическом* значении, т.е. в смысле свободы выбора субъекта частного права. Кроме того, основатели германской классической теории частного права прекрасно отдавали себе отчёт и в том, что категория субъективного права не может «висеть в воздухе», не опираясь на некоторую авторизацию со стороны объективного права, опять-таки если понимать различие между объективным и субъективным правом в формальном смысле.

Другое дело, если волю в праве понимать в «органическом» духе, как единство объективного и субъективного. С этой точки зрения различие между объективным и субъективным правом не качественное, а количественное. С одной стороны, объективное право складывается в практиках социальной коммуникации («народный дух» исторической школы права), объективируясь в нормах обычного права. Но, с другой стороны, объективация эта отражает волю соответствующих участников указанной социальной коммуникации («народный дух» по

[1] Reutter W.P. Op. cit. S. 149–155.

терминологии сторонников исторической школы права). При этом воля здесь не понимается в её эмпирико-психологическом значении. Иначе говоря, образование обычной нормы права трактуется не в качестве социальной конвенции или даже подразумеваемого соглашения участников, как такие вопросы склонны трактовать представители естественно-правовых концепций или сторонники утилитаризма. Скорее процесс трактуется в объективистском ключе, когда воля отражает не сумму актов индивидуального произвола или дискреции, а объективный процесс, в котором субъективное и объективное (индивидуальная воля и общая норма) взаимно порождают друг друга[1].

По этой причине различие между субъективным и объективным правом не проводится резко[2]. И то и другое, с точки зрения Савиньи и Пухты[3], – элементы единого целого, а не отдельные противоположные друг другу феномены. В данном случае работает та же философская логика взаимного опосредования, синтеза и «единства противоположностей», которая характеризует «органические» теории немецкого романтизма и посткантианского объективного идеализма.

Для лучшего понимания мысли мэтров исторической школы права сравним «органическое» понимание «господства воли» с её эмпирико-психологической трактовкой. С точки зрения последней «господство воли» прежде всего понимается как способность определять собственное поведение (и в некоторых случаях поведение иных лиц), свобода выбора, возможность поступать по собственному усмотрению. Очевидно, что речь идёт о способности, которая не может не иметь некоторого нормативного источника вне себя самой, если не считать, что индивидуальная воля обладает правотворческой функцией. Очевидно, что подобным нормативным источником частной автономии и субъективных прав как её основного выражения являются нормы объективного права.

Эта классическая и широко известная схема вряд ли требует даже серьёзного комментария. Здесь важно, что именно её и не принимают Савиньи и Пухта. Исходный тезис исторической школы как раз противоположен: не существует резких различий между объективным и субъективным правом прежде всего потому, что само объективное право представляет собой сложный синтез объективных и субъективных элементов. В самом деле, ведь обычай (а он трактовался как основной источник права) представляет собой результат сложной исторической эволюции социальных практик, в рамках которых волевые и неволевые элементы взаимно порождают и обусловливают друг друга. Если же обычная норма права санкционирует принцип автономии воли, то это означает, что его существование *объективно* необходимо. Ведь *субъективный* принцип автономии воли является результатом действия объективных

[1] Rückert J. Op. cit. S. 311.
[2] Jouanjan O. Une histoire de la pensée juridique en Allemagne, 1800–1918. P. 166.
[3] Хотя применительно к теории Пухты органический элемент выражен слабее. О причинах этого см. ниже.

социальных и экономических закономерностей, которые получают своё внешнее (объективное) выражение в социальных практиках, которые, в свою очередь, конденсируются в нормы (обычного) права. Иначе говоря, субъективное и объективное взаимно опосредуют друг друга. В этом смысле право, с точки зрения сторонников исторической школы права, субъективно и объективно одновременно.

Только подобная трактовка роли воли в (частном) праве позволяет выдвинуть волю в качестве основного и главного принципа частного права. Поскольку «органическая» медиация субъективного и объективного позволяет не ставить резко вопрос о соотношении объективного и субъективного права, то и классический вопрос о нормативном источнике «господства воли», который обычно «убивает» все попытки сделать категорию субъективного права центральной, просто не возникает[1].

Как представляется, именно в этом ключе следует оценивать концепцию субъективного (частного) права Георга Фридриха Пухты. Концепция субъективного частного права Пухты сформировалась в русле воззрений его учителя. Однако он внёс в неё несколько заметных корректив. Прежде всего понятие воли как ключевого элемента субъективного частного права приобрело сугубо юридическое содержание, избавившись от морально-этических коннотаций, которые были характерны для более кантиански ориентированной позиции Савиньи. Пухта прямо указывает, что в праве воля означает прежде всего свободу выбора, причём в том числе свободу выбора аморального поступка[2]. Это значит, что автономия воли в юридическом смысле отличается от моральной автономии индивида, по модели которой мыслилось юридическое понятие Кантом и в известной мере Савиньи. Это выделение чистого юридического понятия частной автономии имело в дальнейшем серьёзные последствия для науки частного права.

Одним из самых важных следствий формирования юридического понятия господства воли явилась возможность представить всё частное право как различные виды юридического господства субъектов над объектами. Пухта полагал, что частное право представляет собой систему частных прав, т.е. различных типов юридического господства субъектов над разными типами объектов[3]. Категория правоотношения, центральная для Савиньи, хотя и сохранила свое значение, стала трактоваться Пухтой в более формальном ключе, как связь субъектов, а не как органическая целостность, гибрид фактического и юридического[4].

---

[1] Отечественная доктрина также знает эти нюансы в понимании категории правоотношение. Одни ориентируются на более аналитические строгое его понимание, другие же предпочитают органическую трактовку. См., например: Кечекьян С.Ф. Правоотношения в социалистическом обществе. Отв. ред.: Строгович М.С. М.: Издательство АН СССР, 1958. - 187 с.; Толстой Ю.К. К теории правоотношения / Толстой Ю.К. Л.: Издательство Ленинградского университета, 1959. - 88 с.; Халфина Р.О. Общее учение о правоотношении. М.: Юридическая литература, 1974. - 351 с.

[2] Puchta G.F. Lehrbuch der Pandekten. Leipzig: Verlag von Johann Ambrosius Barth, 1838. S. 46–47.

[3] Ibid. S. 47.

[4] Puchta G.F. Op. cit. S. 47.

Каким образом интерпретировать те новые моменты, которые внёс Пухта в общую схему Савиньи? Чем объясняется это расхождение в акцентах при общности методологических и онтологических установок? Вопрос тем более интересен, учитывая то, что именно Пухта ввёл в научный оборот ту самую привычную пандектистскую схему классификации частноправовых институтов по типам юридического господства, т.е. по типам субъективных частных прав. У Савиньи, как мы видели, центральной категорией цивилистики всё же является категория правоотношения, в отношении которой трудно сказать, идёт речь о явлении сугубо субъективно-правового или объективно-правового характера. Посткантианская логика удвоения (*Doppelung*), единства противоположностей, когда внешне противоположные друг другу феномены рассматриваются как элементы некоторого единства более высокого уровня, как *моменты* диалектического синтеза, препятствует жёсткому и аналитически строгому разграничению объективного и субъективного. Пухта же, напротив, довольно однозначно ставит именно категорию субъективного права во главу угла. Все частноправовые институты, с его точки зрения, производны от различных типов юридического господства субъектов над объектами[1]. В этом смысле частное право следует рассматривать как *систему субъективных частных прав*.

Трудно переоценить значение этого вывода, который стал своеобразной визитной карточкой пандектистики и продолжает оказывать влияние на науку частного права по сей день. По существу именно Пухта совершил завершающий шаг в формировании категории субъективного права в (континентальной, прежде всего германской) цивилистике, сделав категорию субъективного права основой систематики частного права.

Попытаемся реконструировать логику решения Георга Пухты. Как представляется, различие акцентов между теориями Савиньи и Пухты как раз и заключается в разном значении, которое они придавали воле субъекта в частном праве. У Савиньи, как мы уже имели возможность убедиться выше, индивидуальная воля как бы «упакована» в категорию правоотношения. Именно правоотношение как единство социальной практики и её правовой формы представляет собой ключевое понятие. Категории частного права являются результатом объективной исторической эволюции социальных практик, как бы конденсируются в правовые формы в результате длительной эволюции. Волевой элемент в этом присутствует, но лишь как один из факторов, с помощью которых социальные практики складываются, развиваются и приобретают правовую форму. Формы частного права, по мнению Савиньи, – это разграниченные сферы индивидуального господства субъектов. Чем чётче и определённее границы, тем меньше конфликтов. Ясно, что подобное понимание частного права делает его тесно связанным с

[1] Jouanjan O. La volonte dans la science juridique allemande du XIX sciecle: itineraries d'un concept, entredroit romain et droit politique // Droits. 1998. No. 28. P. 54.

понятием господства воли, но не делает первое тождественным второму: индивидуальные сферы господства образуются как *результат* действия права, т.е. всё-таки носят вторичный характер[1].

Пухта же, напротив, ставит именно индивидуальную волю субъектов частного права и категорию субъективного права в центр. В этом смысле субъективное право у Пухты – это и есть правовая форма. Сделать это удалось лишь путём *формализации* понятия воли в частном праве, оторвав волю как момент формирования и функционирования социальных практик от самих этих социальных практик[2].

Проблема «органического» понимания воли в духе Савиньи состоит прежде всего втом, что волевой элемент не рассматривается в качестве самодостаточного, а трактуется исключительно как момент синтеза. Принцип автономии воли сам выступает как результат объективной, а следовательно, *необходимой* эволюции социальных практик и их правовых форм. В этом смысле автономия воли является одновременно и свободой, и необходимостью[3]. Как уже многократно указывалось, в этой процедуре удвоения элементов, которые потом объединяются как части синтеза более высокого уровня, и состоит основная теоретическая инновация философии немецкого романтизма и объективного идеализма.

Однако именно применительно к свободе воли возникает интересный парадокс. Если свобода представляет собой род необходимости, то не умаляется ли этим изначальное онтологическое свойство свободы – способность решать по-своему, даже если это не «объективно» и неразумно? Между тем трактовка свободы как неразрывно связанной с необходимостью прямо вытекает из логики всеобщего опосредования[4]. Тогда свободы как произвола нет вообще, а свобода возможна лишь как свобода выбора исторически необходимого. Именно этот вывод и сделал Гегель, который *логизировал и объективировал* понимание свободы. И именно с этой логизацией и объективацией не смог согласиться Шеллинг[5]. Дело в том, что не кто иной, как Шеллинг, и предложил впервые в систематическом виде «органическую» теорию, в рамках которой свобода и необходимость составляли часть тождества более высокого уровня. Но Шеллинга смущало именно то, что подобный синтез устраняет всё же свободу как способность самоопределения. Шеллинг, как и другие посткантианцы начала XIX в., принял решение Канта, который считал свободу исходной онтологической реальностью, относящейся не к миру феноменов, в котором действуют

[1] Ibid. P. 50–51.
[2] Jouanjan O. Une histoire de la pensée juridique en Allemagne, 1800–1918. P. 174.
[3] Jouanjan O. La volonte dans la science juridique allemande du XIX sciecle: itineraries d’un concept, entre droit romain et droit politique. P. 55.
[4] Jouanjan O. Une histoire de la pensée juridique en Allemagne, 1800–1918. P. 144.
[5] Pinkard T. Op. cit. Ch. 7.

причинность и необходимые связи, а к миру ноуменов, вещей в себе[1]. Это решение противоречит общей монистической логике посткантианского идеализма. Сам основной посыл немецкого романтизма и посткантианского объективного идеализма как раз направлен на преодоление кантианского дуализма, резкого разделения ноуменов и феноменов, идеи и эмпирической реальности, нормы и факта.

Органическая логика взаимного опосредования противоположностей, их синтезатребует как раз того, чтобы свобода и необходимость рассматривались как части тождества, синтеза более высокого уровня. Ирония заключается в том, что эту органическую модель тождества набросал впервые сам Шеллинг. И он же не смог смириться с признанием всех последствий её принятия для феномена свободы. Гегель же оказался готовым это сделать, поэтому именно он вошёл в историю как основатель диалектической логики, хотя его, вероятно, следует считать её лучшим систематизатором.

Свободу как исходную онтологическую реальность человеческого существования невозможно элиминировать, её следует принять как *позитивный* факт и точку отсчёта. Проблема гегелевской трактовки, по мнению Шеллинга, состоит в том, что логицизм негативен в том смысле, что не способен обосновать существование фактов, а ограничивается лишь обоснованием необходимости и других модальностей. Но сами логические категории порождают только другие логические категории, а не факты, которые конечны и поэтому лишены логической необходимости.

По всей вероятности, выделение автономной категории субъективного права как господства воли и особенно тот привилегированный статус, которым эта категория обладает у Пухты, имели для него то же значение, которое для Шеллинга имело постулирование позитивного принципа свободы воли. «Растворение» автономии воли в «органическом» понятии правоотношения Савиньи несёт риск того, что от свободы как способности к самоопределению ничего не останется. Ведь внутри социального «организма» свобода самоопределения – это не более чем «необходимость» с точки зрения потребностей определённого типа социума. Такое понимание свободы, в свою очередь, таит в себе опасность инструментализации, потери его *морального содержания* и превращения в «социальную функцию». И необходимо сказать, что опасения эти оказались, увы, небеспочвенными.

Вот именно в этой шеллингианской интенции «спасти» феномен свободы я вижу тот довольно серьёзный сдвиг в эволюции понимания субъективного права, который связан с именем Пухты. Вероятно, именно от Пухты идёт традиционное для пандектистики понимание субъективного права как «конечной абстракции» частного права. Именно Пухта прямо и недвусмысленно сделал категорию субъективного права основой классификации

[1] Beiser F.C. The Romantic Imperative: The Concept of Early German Romanticism. P. 149.

частноправовых институтов.

«Основное понятие права есть свобода» – именно так в своей «Энциклопедии права» Пухта резюмирует суть своих взглядов[1]. Основная задача, которую решал в рассматриваемом контексте Пухта, – защитить понятие свободы выбора от полемики сразу с двух противоположных сторон. С одной стороны, как уже неоднократно отмечалось выше, необходимо было защищаться от атак гегельянцев, которые полностью логизировали свободу, превращая ею в необходимость и признавая исключительно *рациональную* свободу. Полемизируя с гегельянцами, Пухта замечает: «Разумно только необходимое; поэтому философия, имеющая в виду исключительно «постижение разумного», должна отречься от постижения свободы; и если она для спасения своей универсальности всё действительное включает в круг разумного: что разумно, то действительно, и что действительно, то разумно (необходимо), – то она лишает нас свободы, которую этим самым признаёт недействительной»[2]. Свобода является исходной онтологической характеристикой человеческого бытия, что в словаре той эпохи получало выражение посредством ссылки на связь человеческой свободы с трансценденцией: «Содержание человеческой свободы определяется не естественной необходимостью, которая противостоит ей как внешняя граница, и указывается также не разумом, оно определяется существованием божественной воли»[3]. Несмотря на кажущуюся изрядную долю мистицизма, в этом нет почти никакой мистики. Проблема, которую решал Пухта, всё та же, которую решали его современники-философы: как совместить свободу и необходимость, сохранив и то и другое? Если в природе свобода невозможна, поскольку здесь всё подчинено необходимости и причинным связям, то свобода представляет собой элемент высшего порядка, трансэмпирической реальности, мираноуменов в кантианском смысле. В терминологии романтиков речь должна идти о божественной природе свободы. Но нужно понимать, что речь идёт, вероятнее всего, опантеистической интерпретации божественного. Для немецких романтиков божественное присутствует в самих явлениях. Бог – это не творец, который внеположен всему сущему и является источником его существования. Скорее это *способ организации всего сущего*, принцип его существования и эволюции[4].

Близость позиции Пухты к этой трактовке свободы воли подтверждается ещё и его полемикой с концепцией Юлиуса фон Шталя, который как раз был склонен интерпретировать божественное в *теистическом* (в противоположность пантеизму романтиков) смысле слова. Шталь сам испытал воздействие органических конструкций Шеллинга и диалектики Гегеля, но реинтерпретировал их в теократическом духе. Кроме того,он

[1] Пухта Г.Ф. Энциклопедия права: Пер. с 6-го изд. / Под ред. П. Карасевича. Ярославль: Тип. Г. Фальк,1872. С. 4.
[2] Там же. С. 5.
[3] Там же. С. 7.
[4] Beiser F.C. The Romantic Imperative: The Concept of Early German Romanticism. P. 161–162.

активно участвовал в юридических дискуссиях 1830-х–1850-х гг. и критиковал некоторые ключевые положения исторической школы права, но не «слева», как гегельянцы, а «справа»[1].

Идея Шталя была довольно проста и убедительна. «Народный дух» не является той последней инстанцией, которая санкционирует права, за ним стоит «персональная» воля Бога. Другими словами, все социальные практики, которые порождают *opinio juris necessitatis,* убеждение, что они обладают обязательностью права, развиваются так, как они развиваются только потому, что таково божественное решение[2]. Опять-таки с современных позиций это может показаться неубедительным и даже несколько экзотическим взглядом, но необходимо учитывать контекст. Ведь задача, как мы уже отмечали, состояла в том, чтобы обосновать существование свободы. Это трудно, если вообще возможно, с позиций «рационального пантеизма» романтиков. Поэтому единственным источником свободы может быть источник трансэмпирический, например, божественная воля. Другими словами, если вы хотите «спасти» принцип свободы выбора, сохранив при этом принцип причинности, то ссылка на то, что воля существует как воля Бога, может быть решением проблемы.

Но это решение не могло устроить сторонников исторической школы права, поскольку разрушало их исходную конструкцию – органическую теорию формирования права из «народного духа». Ведь если свобода (право) создана Богом, то и социальные практики, и «народный дух», и свобода воли производны от божественного решения и как способы обоснования просто избыточны. Шталь как раз ставил своей целью именно это – приоритет божественной воли – и доказать. Для Пухты, который к тому времени был основным полемистом исторической школы, это был вызов не менее серьёзный, чем гегельянская критика исторической школы.

Аргумент Пухты в целом сводится к следующему: «Свобода человека состоит не в том, что он не имеет никакого господина над собой, но в том, что обладает силой добровольного подчинения этому господину, что его подчинение высшей воле не есть внешняя необходимость, но послушание. Таким образом, содержание человеческой свободы составляет выбор: или подчиняться владычеству Бога, сделаться рабом Божьим, или следовать небожественному наслаждению, «страстям сердца», быть рабом греха, другими словами, вращаться в свете духа Божия, в действительной свободе, или во мраке природы, в ложной свободе»[3]. Иными словами, именно индивид принимает решение о выборе, т.е. ему принадлежит фундаментальная свобода выбора между добром и злом, которая и определяет его

[1] Haferkamp H.-P. Georg Friedrich Puchta und die «Begriffsjurisprudenz». Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2004. S. 311–315.
[2] Jouanjan O. Une histoire de la pensée juridique en Allemagne, 1800–1918. P. 72.
[3] Пухта Г.Ф. Указ. соч. С. 8.

собственную судьбу. Эта свобода, естественно, производна от божественной воли, но выбор должен быть сделан самим индивидом. Если же свобода воли существует, то субъект должен обладать способностью сделать и неправильный выбор. Иначе свобода опять сливается с необходимостью, если свободой считать исключительно моральный выбор.

Так юридическая свобода отграничивается от моральной: последняя ограничена исключительно правильными решениями: «Человек становится правомочным существом не вследствие одного угодного Богу употребления своей свободы, не потому одному, что определяется к добру, к послушанию Бога… Напротив, юридически-свободным человек может быть при всяком выборе (как грешник, так и праведник): *уже по тому одному, что ему свойственен выбор*. Моральная свобода есть свобода от рабства грехов, юридическая свобода – *возможность воли вообще* [курсив мой. – *С. Т.*]»[1].

Таким образом, суть юридического понимания свободы воли в конечном счёте состоит, с точки зрения Пухты, в том, что она заключается в абстрактной возможности выбора. Только такая трактовка позволяет надёжно иммунизировать понятие свободы от атак как с гегельянских, так и с консервативных теократических позиций. Пухта постулирует то, что волевое человеческое поведение, то, что в англосаксонской традиции весьма удачно называется «*human agency*», имеет решающее значение и для морали, и для права. Божественная воля, как бы её ни трактовать, оставляет индивиду возможность самоопределяться; не существует того фатализма предопределения, который отрицает значение индивидуальной воли. Человеческое сообщество с этой точки зрения является результатом прежде всего действий и взаимодействий индивидов. Но поскольку и моральный выбор является инстанцией свободы воли, возникает необходимость отграничить моральную волю от юридической. Пухта делает это, указывая на то, что индивидуальная воля в юридическом смысле слова означает прежде всего абстрактную возможность выбора безотносительно к материальному содержанию того, что выбирается.

С точки зрения Пухты, таким образом, право выигрывает в степени универсальности и нейтральности регулирования: чем большее количество реально существующих (фактических) различий между индивидами удаётся игнорировать, тем более универсальной и нейтральной (т.е. гарантирующей равное отношение к разным лицам) будет правовая форма: «Подобно тому как понятие лица основывается на абстракции, ибо мы этим понятием обнимаем не всё существо человека, а непосредственно только его качество, как субъекта воли, всё же прочие его свойства принимаем во внимание только посредственно, чтобы поставить на вид их более близкую или отдалённую связь с тем качеством, – так точно эта абстракция распространяется на человеческие отношения, которые должны допустить некоторые отклонения, некоторую модификацию, дабы могли получить значение отношений лиц как

[1] Там же. С. 9.

таковых, значение юридических отношений»[1].

Вот здесь – в этой идее абстрактной возможности воли как ключевого для понимания (частного) права понятия – и заключается момент рождения пандектистики как особого абстрактного стиля и специфической техники[2]. В центр всей конструкции поставлено абстрактное понятие субъекта права, которое трактуется как «возможность юридической воли»[3], т.е. по существу как правоспособность. Основной же механизм частного права описан лаконично и афористически точно: «Личность, как возможность воли, вступает в сферу деятельности тем, что лицо получает власть над предметом, получает на него право»[4].

Иными словами, суть субъекта права – в его способности выбирать, а основное содержание его действий в частном праве составляет способность господствовать над различными типами объектов. Естественно, что при такой трактовке именно понятие субъективного права как возможности господства и составляет ключевое понятие частного права.

Не менее логичен с рассматриваемых позиций и скепсис Пухты относительно понятия правоотношения, которое занимало место центральной абстракции частного права у егоучителя Савиньи. Пухта замечает по этому поводу: «Если мы обратим внимание на юридическое отношение, то нельзя отрицать, что в этом понятии лежит нечто шаткое и подвижное»[5]. Пухту беспокоят прежде всего чрезмерная эмпирическая «нагруженность» категории правоотношения, её слитность с социальной практикой, отсутствие чёткой логической структуры, *формы*, которые являются особенно важными для цивилиста. Абстрактное понятие права, которое как раз игнорирует всё многообразие эмпирических различий, трактуя их как юридически иррелевантные, с точки зрения Пухты, гораздо лучше подходит для целей юриспруденции. Поэтому, полагает Пухта, «…юридические отношения суть только комбинации прав»[6].

Это довольно важная новелла. Прежде всего, по сравнению с органическим правопониманием Савиньи, концепция права стала более формальной. Причины тому, как уже отмечалось выше, связаны с необходимостью защиты исторической школы от весьма убедительной критики как «слева», так и «справа». Именно эта полемика и привела к возникновению понимания права как абстрактной возможности господства воли. Как это часто бывает в истории науки, возникшая новая абстракция оказалась исключительно удобным и простым способом описания частноправового материала. В самом деле, все институты частного

---

[1] Там же. С. 47–48.
[2] Wie pandektistisch war die Pandektistik?: Symposium aus Anlass des 80. Geburtstags von Klaus September 2015 / Hrsg. von H.-P. Haferkamp, T. Repgen. Tübingen: Mohr Siebeck, 2017. S. 15, 205–240.Luig am 11.
[3] Пухта Г.Ф. Указ. соч. С. 74.
[4] Там же.
[5] Пухта Г.Ф. Указ. соч. С. 48–49.
[6] Там же. С. 49.

права можно представить как специфические виды господства субъектовнад объектами, а саму конструкцию субъекта трактовать как потенциальную возможность господства над объектами вообще. В таком случае категория субъективного права как возможности господства действительно становится центральной абстракцией частного права, при помощи которой понимается и описывается всё остальное. В этом и состоит, как представляется, основная заслуга Пухты.

* * *

1. Таким образом, именно Савиньи впервые сформулировал автономную теорию субъективного частного права как центральной категории цивилистики.

2. Основой теоретической модели субъективного права Савиньи стал синтез идущего от Саламанкской школы представления о субъективном праве как атрибуте субъекта или как способности, правовой власти управомоченного, с одной стороны, и разработанной секулярной теорией естественного права и юридической наукой эпохи Просвещения идеи о праве как отношении, с другой стороны.

3. Савиньи ориентировался на кантианскую версию понятия автономии субъекта, характерные черты которого можно свести к нескольким общим моментам. Прежде всего автономия частного субъекта, свобода выбора, которой он обладает, помещались в интерсубъективный контекст. Иными словами, субъект был свободен выбирать до того предела, пока его свобода выбора не ограничивала свободу выбора других субъектов. При этом существо автономии воли определялось негативно: это то, в чём субъекту нельзя препятствовать, а не то, чего субъект желает. Иными словами, важно то, что нельзя делать другим лицам в отношении личности, а не то, что сам субъект может выбрать с содержательной точки зрения. Такая постановка вопроса превращала субъективное право из атрибута субъекта в отношение между субъектами.

4. Категория субъективного права стала центральной в теории частного права только благодаря специфическому кантианскому обоснованию автономии воли как взаимного признания индивидов. В результате автономия воли и субъективные права оказались не просто неразрывно связанными друг с другом, а более того, субъективные права стали *способом существования* автономии воли. Таким образом, категорию субъективного права стало возможным рассматривать как «конечную» абстракцию частного права.

5. Между германским и французским вариантами частного права существует некоторое различие в вопросе о роли категории субъективного права. Во Франции категория субъективного права не рассматривается как «основная» абстракция. Скорее эту роль играет учение об автономии воли. Это отражается и во взглядах французской и германской доктрин

частного права на оптимальную структуру изложения частного права.

6. Важнейшую роль с точки зрения позиционирования категории субъективного права как основополагающей для частного права сыграло введённое Савиньи в научный оборот понятие правоотношения. Именно трактовка правоотношения в духе «организма», единства фактического и юридического, широко распространённых практик в сфере гражданского оборота и моделей их правового регулирования, когда они взаимно определяют друг друга, позволила синтезировать выработанные теорией естественного права и юриспруденцией эпохи Просвещения общие принципы частного права и идущие от римского права и его последующей рецепции в Европе модели регулирования имущественного оборота.

7. Наконец, Георг Пухта завершил становление категории субъективного права как основной абстракции частного права, истолковав понятие субъекта частного права (лица) как возможность господства, а все частноправовые институты как различные типы юридического господства субъектов над объектами, что в конечном счёте привело к эмансипации понятия субъективного права и разрыву его «органической» связи с понятием правоотношения.

1.4. Субъективное частное право и «юриспруденция понятий»

Ключевую роль в развитии учения о субъективном праве в европейской частноправовой доктрине второй половины XIX в. сыграл выдающийся германский цивилист Б. Виндшайд. Будучи учеником Г. Пухты и унаследовав основные постулаты и методологические приёмы исторической школы права, в области теории субъективного права Виндшайд действовал в русле волевой концепции в том её варианте, который был характерен для работ Ф. К. фон Савиньи и Г. Пухты. Вместе с тем понимание юридически значимой воли субъекта как основы понятия субъективного частного права претерпело некоторые довольно существенные изменения.

Савиньи ориентировался на кантианскую версию понятия автономии субъекта, характерные черты которой можно свести к нескольким общим чертам. Прежде всего автономия частного субъекта, свобода выбора, которой он обладает, помещается в интерсубъективный контекст. Иными словами, субъект свободен выбирать до того предела, пока его свобода выбора не ограничивает свободу выбора других субъектов. При этом существо автономии воли определяется негативно: это то, в чём субъекту нельзя препятствовать, а не то, что субъект желает. Иными словами, важно то, что нельзя делать другим лицам в отношении личности, а не то, что сам субъект может выбрать с содержательной точки зрения. Такая постановка вопроса превращает субъективное право из атрибута субъекта в отношение между субъектами.

Эти идеи получили выражение в ряде ключевых моментов учения Савиньи о субъективном частном праве. Во-первых, Савиньи полагал, что субъективное право существует в рамках правоотношения, т.е. связи субъектов. Во-вторых, из этого следует, что юридическая обязанность обладает конститутивным значением для определения субъективного права. Если в кантианском духе автономия – это всегда «свобода от», а не «свобода для», то право следует рассматривать прежде всего как притязание на чужое (негативное) поведение.

Последнего вывода Савиньи не сделал – он был сформулирован только в неокантианских концепциях субъективного права А. Тона и Г. Кельзена. Савиньи понимал субъективное право как господство воли и наделял его не только негативным (право на отрицательное поведение третьих лиц), но и позитивным содержанием (господство над вещью или над поведением), особенно применительно к субъективным вещным правам. В данном случае сказалось влияние теории субъективного права поздних схоластов и одновременно органических концепций немецкого объективного идеализма XIX в.

Ещё более выпукло влияние романизма и немецкого объективного идеализма выражено в теоретических построениях Г. Пухты. В основу своего понимания субъективного права вслед за своим учителем Савиньи Пухта положил понятие господства воли. Но в отличие от Савиньи,

чья концепция в значительной степени, хотя и не полностью, ориентирована на кантианский формализм воли, элемент «господства» выражен у Пухты гораздо сильнее, а понятие воли уже не исключительно негативно.

Это, вероятнее всего, связано с тем, что Пухта в большей степени ориентировался на понимание воли Г. Гегелем и Ф. Шеллингом. Понимание воли субъекта в немецком классическом идеализме подразумевает акцент на самореализации индивида, на раскрытии его творческого потенциала. Подчёркивается именно позитивный аспект автономии воли, а не исключительно негативный элемент свободы от внешних ограничений. По этой причине воля становится ключевым фактором саморазвития личности, движущей силой эволюции личности и общества, а не просто системой взаимных «сдержек и противовесов», как это имеет место в рамках кантианского понимания свободы воли.

Это непосредственно отражается и на понимании субъективного частного права. Аспект правоотношения отходит на второй план, а элемент самого субъективного права как господства воли, напротив, вновь акцентируется. По существу именно от Пухты идёт получившая развитие в континентальной цивилистике идея о том, что институты частного права группируются по видам юридического господства над различными объектами, т.е. по типам субъективных частных прав. А на верху этой пирамиды типов и видов юридического господства находится абстрактное понятие субъективного частного права как господства воли управомоченного.

Очевидно, что подобное понимание структуры частного права может опираться только на специфическое понимание автономии воли как активного самоопределения личности. Только в таком случае возможно абстрагировать субъективное право от системы социальных связей, в которой оно существует, и не только придать ему самодовлеющее значение, но и квалифицировать его в качестве основной категории цивилистики. Ведь и Савиньи отмечал, что субъективное право есть «абстракция» от понятия правоотношения. Но в случае Савиньи эта «абстракция» была результатом *аналитической* операции, осуществляемой теоретиком, а не описанием объективной реальности. Применительно же к концепции Пухты, напротив, можно констатировать, что субъективное право становится центральной категорией частного права, а не просто теории последнего[1]. Воля в таком «сильном» его понимании обладает метафизическими и онтологическим свойствами, качеством фундаментального элемента человеческой природы, которые могут быть положены в основу частноправовых отношений. Именно из индивидуального стремления к самореализации Гегель выводит и господство над вещами, и отношения с другими лицами[2]. Соответственно, понятие субъективного права как господства воли должно в рамках этой логики стать центральной категорией, отправным

[1] У Савиньи эту системообразующую роль играла, скорее, категория правоотношения.

[2] Brudner A. The Unity of the Common Law. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2013.

пунктом и базовой абстракцией цивилистики.

Кантианское и гегельянское понимание частной автономии и индивидуальной воли фундирует всю концепцию субъективного частного права. Вне этого философского контекста невозможно понять причины, по которым именно понятие господства воли стало доминирующим для классической цивилистики XIX в. Подобно тому как морально-теологические дискуссии XIV и XVI вв. сформировали предпосылки возникновения самого учения о субъективном праве, философские споры XIX в. в значительной степени предопределили знакомый нам «дизайн» частноправовых институтов, в рамках которого их классификация производится по типам юридического господства субъекта над объектами, т.е. по разновидностям субъективных частных прав.

При этом необходимо обратить внимание на одно чрезвычайно важное обстоятельство, касающееся понимания роли и функций воли в рамках классических частноправовых концепций. Историческая школа права – и в варианте, представленном Савиньи, и в варианте Пухты – опиралась на философское, метафизическое понимание свободы воли и господства воли. Достоинства такого рода теоретического симбиоза очевидны. Именно он позволил сформулировать крайне полезную для понимания частного права абстракцию субъективного права и зафиксировать фундаментальный характер автономии воли для частноправовых институтов. Грубо говоря, если бы не было средневековых теологических споров относительно свободы воли, то не существовало бы и понятия права как способности или власти субъекта. А не будь этико-юридической концепции Канта и посткантианского объективного идеализма, не было бы и понятия правоотношения. Равным образом без концепции воли индивида в гегелевской философии права понятие субъективного права вряд ли получило бы статус центральной абстракции континентальной цивилистики.

Однако у такого «нагруженного» философскими коннотациями понятия автономии воли существуют и существенные недостатки. Основной из них заключается в том, что частноправовое понятие автономии воли оказывается жёстко привязанным к соответствующей теологической доктрине или философской концепции. С утратой доверия к соответствующему типу философии падает и престиж основанного на нём понимания автономии воли. Ещё одно обстоятельство, тесно связанное с предыдущим, касается нейтральности и автономии самого частного права. Самостоятельная дисциплина должна иметь автономную систему категорий, которая обосновывается изнутри самой дисциплины, а не требует внешних референтов. Внешний референт не контролируется изнутри дисциплины и не может даже полноценно рефлексироваться её представителями. Поэтому закономерно стремление представителей соответствующей дисциплины максимально замкнуть систему её категорий на внутренние референты, которые легко опознаются и рационализируются.

Наконец, довольно важным обстоятельством является стремление максимально деполитизировать и деидеологизировать частное право. Чрезмерная идеологизация переводит спор об оптимальной модели (правового) регулирования в спор о ценностях. Это крайне нежелательно, учитывая практическую направленность цивилистики. Спор о ценностях бесконечен и часто не имеет решения в принципе. Поэтому если видеть его за каждым вопросом правоприменения, то это осложнит и даже сделает невыполнимой задачу нахождения оптимального правового решения. По указанной причине цивилисты предпочитают по возможности абстрагироваться от споров о ценностях.

Между тем прямая зависимость фундаментальных понятий частного права от определённых философских теорий и систем лишает теорию частного права иммунитета против споров о ценностях. Сторонники альтернативных философских воззрений будут постоянно обвинять своих оппонентов в том, что их взгляды производны от «неправильной» философии. Данное препятствие само по себе не является непреодолимым, но довольно существенно осложняет выполнение собственных задач частного права и частноправовой теории. По этой причине цивилисты предпочитают абстрагироваться от философских и этических предпосылок собственных теорий и концентрироваться на «технологических» аспектах поиска оптимальных моделей регулирования, правоприменительных решений икорректных теоретических описаний таких моделей и решений.

Получается известный диалектический парадокс, что, вероятно, даже уместно, поскольку дело касается Гегеля. С одной стороны, основополагающая абстракция континентальной цивилистики не могла возникнуть вне теологического, этического и философского «сопровождения». С другой стороны, появившись в рамках конкретных теологических и философских теорий, логика формирования автономной дисциплины требует избавиться от прямых и непосредственных ассоциаций с этими метаюридическими концепциями. Приведённые рассуждения являются, на мой взгляд, ключом к пониманию концепции субъективного частного права Б. Виндшайда.

На уровне терминологии и определений, особенно в первых изданиях учебника пандектного права Виндшайда, его взгляды мало чем отличаются от формулировок Савиньи и Пухты. Субъективное право представляет собой господство воли и власть[1]. Совершенно в духе кантианской правовой и этической доктрины функцию субъективного права Виндшайд видел в том, что с его помощью разграничиваются сферы индивидуальной автономии и свободы разных субъектов, а также определяется мера (юридического) господства управомоченного субъекта[2].

[1] Windscheid B. Lehrbuch des Pandektenrechts. 4. Aufl. Bd. I. S. 91–92.
[2] Ibid. S. 67.

Тем не менее можно констатировать некоторый семантический сдвиг в интерпретации самого понятия юридически значимой воли. Понятие воли прагматизируется, приближается к эмпирическому пониманию автономии воли самими участниками экономического оборота. В частности, Виндшайда, вероятно, следует считать автором определения субъективного права через модальность «дозволенности», которое впоследствии приобрело большую популярность, в том числе и в отечественной цивилистической традиции[1]. Речь идёт о хорошо известном понятии «*Wollendürfen*», которое буквально переводится с немецкого как «дозволенность воли», что по существу и означает разрешенную законом возможность[2].

Важно отметить, что Виндшайд прямо пишет, что ключевым элементом является не сама реальная воля, а то, что она «дозволена» правопорядком, т.е. предоставлена законом, вытекает из нормы права. Это уже довольно серьёзный пересмотр кантианского и гегельянского понимания воли и основанного на них понимания субъективного права Савиньи и Пухтой. Отношение между индивидуальной волей и правопорядком как бы переворачивается. Если у Канта и особенно у Гегеля воля была центральным понятием, из которого выводились частноправовые институты, то у Виндшайда нормы частного права предоставляют субъектам возможности господства воли в определённых сферах.

Можно согласиться с авторами, которые полагают, что в данном случае мы можем констатировать переход от философских концепций воли к её эмпирико-психологическому пониманию[3]. Задача Виндшайда, вероятнее всего, состояла в том, чтобы создать сугубо цивилистическое, «внутреннее» рабочее понимание воли. Тем самым теория частного права перестала бы зависеть от кантианских и гегельянских философских концепций, в отношении которых уже существовали серьёзные сомнения. В этих условиях строить всю цивилистику на основе концепции, относительно которой у современников существовал серьёзный скепсис, было крайне рискованно. Оставались два варианта: либо вообще отказаться от понятия субъективного права как господства воли, либо сохранить фигуру субъективного права в качестве базовой категории цивилистики, но изменить понимание воли, избавив его от кантианских и гегельянских аллюзий. Если Р. фон Иеринг избрал первый вариант решения данной проблемы, то Б. Виндшайд предпочел второй. Именно на это и была направлена концепция *Wollendürfen*.

Понимание субъективного частного права как дозволенной законом воли решало одновременно две задачи. Во-первых, появлялась возможность сформулировать «нейтральное», независимое от философских предпосылок понимание воли, которым могли бы

---

[1] Ем В.С. Категория обязанности в советском гражданском праве (вопросы теории): Дис. … канд. юрид. наук. М., 1981.
[2] Windscheid B. Lehrbuch des Pandektenrechts. 4. Aufl. Bd. I. S. 91–92.
[3] Kasper F. Das subjektive Recht – Begriffsbildung und Bedeutungsmehrheit. Karlsruhe: C.F. Müller, 1967. S. 69.

оперировать цивилисты внутри своей дисциплины, не рискуя вступать в бесконечные и безнадёжные дискуссии относительно философских, этических и социологических оснований данного понятия. Именно поэтому, вероятнее всего, Виндшайд подчёркивал, что речь идёт не о действительной воле, а в первую очередь о дозволенности воли. Иными словами, для цивилиста интересен и важен не сам факт волеобразования, а его юридическое значение, правовой эффект. Применительно к категории субъективного права важен тот факт, что нормой права субъекту предоставлена *возможность определённого поведения.*

Второй довольно важный момент, на который уместно обратить внимание, касается того, что Виндшайду удалось вписать понимание субъективного права в рамки ставшего тогда доминирующим позитивистского типа правопонимания. Строго говоря, теория субъективного права проистекает из естественно-правовой традиции – сначала теологической, а позже секулярной[1]. Это предполагает представление, в соответствии с которым субъективные права имеют независимый от позитивного права источник существования и легитимацию, что делает учение о субъективных правах крайне трудно совместимым с юридическим позитивизмом. Между тем в рамках континентальной цивилистики, особенно германской, понятие субъективного права превратилось в базовую и основополагающую категорию как раз в тот момент, когда юридический позитивизм стал господствующей концепцией правопонимания. Это создавало определённое напряжение, и необходимо было найти теоретически корректное решение, каким образом совместить одно сдругим.

Виндшайд предпринял попытку как раз в данном направлении. Источником господства индивидуальной воли стал правопорядок, нормы позитивного права. Суть этого решения сводится к следующему. Правопорядок предоставляет субъектами частного права определённые возможности поведения, ставя наступление юридических последствий в зависимость от воли самих субъектов. Это может приобретать различные формы. В одних случаях субъектам могут предоставляться возможности владения и пользования объектами, в других субъекты могут наделяться способностью односторонним волеизъявлением породить правовые последствия для другого лица. Общее, что объединяет все эти случаи, заключается в том, что правопорядок наделяет индивидуальную волю юридическим значением.

Ещё один момент, на который стоит обратить внимание в связи с концепцией Виндшайда, связан с её уже упоминавшимися эмпирико-психологическими коннотациями. Следствием этого стало, например, то, что юридические связи субъектов (частноправовые отношения) стали трактоваться в психологическом ключе как связи воль (господствующей и подчинённой). Отсюда проистекает понимание обязанности как осознанной связанности воли.

Все это наиболее наглядно получило выражение в специфической концепции, которую

[1] Bloch E. Freiheit und Ordnung: Abriß der Sozialutopien. Leipzig: Ph. Reclam, 1987.

Виндшайд ввёл в теорию субъективного частного права. Речь идёт о понятии притязания (*Anspruch*). Под притязанием принято понимать «*возможность требовать от какого-либо определённого другого лица совершения известного действия или несовершения известного действия* [курсив в оригинале – *С. Т.*]»[1]. В. М. Хвостов весьма удачно резюмировал характерные черты притязания:

«1) Требование должно быть *налично* в данный момент (т. е. его можно предъявить тотчас же). <…>

2) Требование должно быть направлено против *определённого лица.*

3) Требование предполагает на стороне требующего известное состояние *неудовлетворённости*.

4) Это состояние неудовлетворённости *может и должно быть устранено противником* путём какого-либо акта, хотя бы посредством простого изъявления воли [курсив в оригинале – *С.Т.*]»[2].

Как далее отмечает В. М. Хвостов, возможность требования управомоченного к обязанному лицу имеет ценность главным образом потому, что за ней стоит возможность государственного принуждения в случае обращения в суд[3]. Тем не менее притязание не сводится к праву на иск: «Притязание, как возможность требовать известное действие от определённого лица, может быть осуществлено принудительно не только путём иска, но и путём защиты против иска (например, посредством зачёта – compensatio). <…> Наконец… есть и такие иски, которые даются не для осуществления этой возможности требовать что-либо от другого лица на основании субъективного права истца, т. е. в основе которых не лежит никакого притязания»[4].

Иными словами, применительно к современному праву ключевой характеристикой притязания выступает право требования к должнику. При этом оно может осуществляться как через государственно-принудительный механизм (судебная защита, обращённое к суду требование истца к ответчику), так и вне гражданского процесса. Это отличает притязание от римского понятия «*actio*», которое касается исключительно возможности требования в рамках преторской и судебной процедуры.

Притязание может вытекать как из абсолютных, так и из относительных правоотношений. При этом притязание отличается от самого субъективного права, из которого оно вытекает. Наиболее очевидно это применительно к вещным правоотношениям. Здесь, согласно господствующему мнению, притязание возникает из факта нарушения чужого вещного права. Только в результате нарушения чужого юридического господства над вещью из

[1] Хвостов В.М. Система римского права. М.: Спарк, 1996. С. 68.
[2] Там же. С. 69.
[3] Там же.
[4] Там же. С. 69–70.

неопределённого круга лиц, обязанных воздерживаться от его нарушения, выделяется конкретный субъект, обязанный устранить нарушение права. «Притязание из абсолютного права может *погибнуть*, например, в силу удовлетворения его, тогда как самое право *продолжает существовать* [курсив в оригинале – *С. Т.*]»[1].

В рамках обязательственных правоотношений это различие не является настолько чётким. «Тем не менее и здесь притязание не совпадает с правом. Если вещь дана в пользование на три месяца, то обязательственное право из договора ссуды возникает тотчас же по заключении договора, а притязание о возврате вещи (как *наличная* возможность требования) возникает лишь через три месяца [курсив в оригинале – *С. Т.*]»[2].

Учение о притязании имело два источника своего формирования. Во-первых, Виндшайд предпринял попытку перевода римской категории «*actio*» на язык современного права[3]. Как известно, римское право представляло собой систему защиты частных прав. И ключевым понятием в нём было именно понятие средства защиты – «*actio*», а не самого защищаемого интереса. Потому римский термин «*actio*» неправильно переводить как «иск» в современном смысле слова, согласно которому это что-то среднее между субъективным правом и средством его защиты. Именно по указанной причине Виндшайд и предложил считать, что современным эквивалентом *actio* является притязание.

Логика рассуждений германского цивилиста в этом отношении сводится к следующему. *Actio* представляет собой признанное претором *требование* истца к ответчику, обращённое к судье. Материально-правовой и процессуальный компоненты слиты в данном понятии до степени неразличимости. Дело в том, что предоставление средства защиты (выдача *actio*) претором было одновременно признанием материального права истца. На донарушенной стадии, т.е. до факта нарушения, строго говоря, права не существовало. Только претор должен был прийти к выводу, что нарушенный интерес подлежит защите, и указать судье, что при доказательстве фактических обстоятельств требования истца о защите этого типа нарушенного интереса подлежат защите. Следовательно, материальное право в некотором смысле существовало только в процессе. Но оно существовало именно как требование управомоченного к обязанному, а не требование к суду. Оно лишь *обращалось* в суд.

В современных условиях ситуация довольно резко изменилось – прежде всего в связи с тем, что мы иначе трактуем донарушенную стадию развития соответствующего отношения. С современной точки зрения право существует до факта нарушения, а средства защиты предоставляются в связи с нарушением не интереса (который претор сочтёт достойным защиты и в случае, если он сочтёт его достойным защиты), а именно права и являются производными

[1] Хвостов В.М. Указ. соч. С. 70.
[2] Там же.
[3] Windscheid B. Die Actio des römischen Civilrechts, vom Standpunkte des heutigen Rechts. S. 230.

именно от данного права. Это требует другого понятия вместо понятия «*actio*». В качестве такого понятия Виндшайд и предложил понятие притязания. Поскольку право существует и до факта нарушения интереса, то и требовать от должника управомоченный может не только в процессе, но и вне процесса[1]. Поэтому иском (в материально-правовом или в процессуальном смысле) такое требование назвать нельзя. Требуется новый специальный термин, который бы фиксировал именно эту возможность требовать определённого поведения управомоченным от обязанного лица как вне процесса, так и в процессе. Отсюда и возникла концепция притязания.

Второй источник учения Виндшайда о притязании – это концепции секулярной теории естественного права и юриспруденции эпохи Просвещения. Для них характерно представление о том, что право регулирует исключительно поведение людей, причём преимущественно путём установления обязательных предписаний (юридических обязанностей). При такой трактовке субъективное право представляет собой лишь коррелят юридической обязанности. На передний план выдвигается аспект *отношения между субъектами права*. Именно эту задачу и призвана была выполнить концепция притязания. Понятие притязания фиксирует внимание именно на отношении субъектов (управомоченного и обязанного) друг к другу как важнейшем элементе правоотношения и правового института. Иными словами, Виндшайд весьма удачно и убедительно вписал теорию субъективного права как господства воли в рамки господствующего в то время представления о том, что правовые отношения возможны исключительно между субъектами.

Более того, психологизация понятия воли в рамках концепции субъективного частного права Виндшайда, о которой шла речь выше, исключительно хорошо монтируется с понятием притязания. В самом деле, если трактовать субъективное право как господство воли управомоченного над волей обязанного, при этом интерпретируя отношения двух воль именно в психологическом смысле слова, т.е. как связанность, осознаваемую субъектами, то существо любого права будет состоять в осознанной связанности в межсубъектных отношениях. Понятие притязания как нельзя лучше подходит именно для подобной трактовки. Как мы уже видели из описания В. М. Хвостова, притязание предполагает *состояние неудовлетворённости*, с одной стороны, и необходимость его устранения контрагентом, с другой стороны. Даже на уровне терминологии видна эта психологическая трактовка межсубъектных отношений. Подтверждением той же мысли является и то, что, какуже указывалось выше, господствующее мнение отрицает возможность существования вещно-правового притязания до факта нарушения чужого вещного права конкретным лицом. Это связано как раз с тем, что до факта нарушения чужого вещного права никакого личного «психологического» отношения между управомоченным и обязанным может и не быть, поскольку обязанное лицо может не знать о

[1] Ibid. S. 5.

том, кому принадлежит вещь, право на которую оно обязано не нарушать. Только факт нарушения индивидуализирует соответствующую правовую связь, и в таком случае её можно трактовать как притязание.

Таким образом, понятие притязания модернизировало теорию субъективного частного права в нескольких отношениях. Во-первых, оно адаптировало его к новой, «постметафизической» реальности, разорвав связь с кантианскими и гегельянскими основами понятия господства воли. Во-вторых, оно переориентировало понятие субъективного права на отношения субъектов, что опять-таки в большей мере соответствовало позитивистскому духу эпохи. Наконец, в-третьих, оно включило учение о субъективном частном праве в рамки господствующих теорий юридического позитивизма и примата воли правопорядка над индивидуальной волей.

Таким образом, ключевой элемент в концепции субъективного частного правазаключается в адаптации учения о господстве воли к изменившимся обстоятельствам. Виндшайд наделил понятие субъективного права эмпирическим содержанием, сделав его более соответствующим духу эпохи с характерным для него приоритетом естественных наук,эмпиризма и позитивизма. Воля в кантианском смысле казалась его современникам слишком формальным понятием, а воля в гегелевском смысле – слишком метафизической, оторванной от эмпирической реальности. В этих условиях несомненная заслуга Виндшайда состоит в том, что он сумел переориентировать понимание субъективного права в естественно-научном духе, при этом сохранив и в некоторой степени упрочив[1] его центральную роль для цивилистики.

Как ни парадоксально, такая реинтерпретация понятия субъективного права в некоторых отношениях упрочила позиции этого понятия в качестве центральной категории континентальной теории частного права. Дело в том, что «натурализация» понятия субъективного частного права позволила (в известной степени) рассматривать его в качестве феномена, аналогичного объектам материального мира. Подобно тому как естественные науки изучают предметы материального мира, юридическая наука должна изучать хотя и идеальные, но тем не менее «существующие» объекты. Виндшайд существенно упростил данную задачу, истолковав категорию субъективного права в русле психологии. Это позволило наделить идеальные сущности – субъективные права – определённым онтологическим статусом.

Именно с этим связан вполне определённый ракурс рассмотрения институтов и категорий частного права в учебнике пандектного права Виндшайда. Субъективные права стали «реальными» феноменами, которые, подобно физическим объектам, возникают, изменяются и

[1] См. об этом ниже.

прекращаются[1]. Значит, и структурировать частное право оказалось возможным исходя из той предпосылки, что изучаемые феномены обладают специфическим онтологическим статусом и изменяются во времени. Отсюда и учение о юридических фактах как жизненных обстоятельствах, влекущих возникновение, изменение и прекращение субъективных прав, и идея о том, что субъективные права могут быть объектами других субъективных прав (так называемая концепция «права на право»), и идея о распоряжении правами, когда распорядительное правомочие конструируется как особое субъективное право, которое имеет в качестве своего объекта то субъективное право, в отношении которого осуществляется распоряжение[2], и общее понятие объекта субъективного права. В известном смысле вся теория гражданского правоотношения, понимающая его как состоящее из элементов (субъектов, объектов и содержания – прав и обязанностей), является следствием интерпретации категории субъективного права в естественно-научном духе.

Последующая дискуссия вокруг сформулированного Виндшайдом понятия субъективного частного права касалась целого ряда аспектов его теории. Прежде всего необходимо было уточнить соотношение воли правопорядка и индивидуальной воли в конструкции субъективного права. Определение субъективного права как «дозволенности воли» требовало уточнения, о чьей воле идёт речь, – о воле дозволяющего правопорядка или о воле самого субъекта, которому дозволяется определённая поведенческая возможность. У Виндшайда не было чётко выраженной позиции по этому поводу.

Артикулировал данную проблему В. Шуппе в своей монографии «Понятие субъективного права»[3]. Он опирался на виндшайдовское понимание субъективного права как «дозволенности воли». При этом он поставил вопрос о соотношении объективного и субъективного права в рамках этой конструкции. Проблема состоит в том, что «дозволенность воли» означает дозволенность воли *правопорядком*. Иными словами, поведенческая возможность субъекта права и свобода её осуществления предоставляется ему нормами объективного права, т.е. правопорядком. Но это означает, что такую поведенческую возможность правильнее приписывать воле правопорядка, а не воле самого управомоченного. Воля управомоченного только потому приобретает юридическое значение, что правопорядок принял такое решение. Соответственно, и возникает вопрос о том, насколько субъективной является предоставленная управомоченному правовая возможность, если все её параметры и сам факт закрепления за субъектом зависят целиком от воли правопорядка.

---

[1] Windscheid B. Lehrbuch des Pandektenrechts. 7. Aufl. Frankfurt am Main: Rütten & Loening, 1891. S. 60.

[2] Третьяков С.В. О проблеме догматической квалификации «правомочия распоряжения» // Основные проблемы частного права: Сборник статей к юбилею доктора юридических наук, профессора Александра Львовича Маковского / Отв. ред. В. В. Витрянский, Е. А. Суханов. М.: Статут, 2010. С. 317–345.

[3] Schuppe W. Der Begriff des subjektiven Rechts. Breslau: W. Koebner, 1887.

Эта проблема напрямую связана с психологизацией понятия воли и его включением в контекст позитивного права, которые произвёл Виндшайд. Предшествующая традиция теории субъективного права, как уже неоднократно указывалось выше, исходила из теологической или философской трактовки воли в субъективном праве, что делало теорию субъективного права независимой от позитивного права и воли правопорядка. Этот естественно-правовой акцент не мог уже быть сохранён применительно к условиям второй половины XIX в., когда национальные государства в Европе окончательно национализировали частное право[1].

Шуппе предложил некоторую разновидность дуалистической конструкции соотношения объективного и субъективного права, которые понимались соответственно как воля правопорядка и воля управомоченного. Он признавал, что одной воли управомоченного недостаточно, чтобы она приобрела юридическое значение. Необходима санкция нормы объективного права[2]. В этом смысле субъективное право ничем не отличается от объективно-правовой обязанности. Критическое же отличие субъективного права от объективного (юридической обязанности) состоит в том, что в первом случае соответствующее правовое предписание (наделяющее субъективным правом) представляет собой волю правопорядка и волю управомоченного. Иными словами, правопорядок «желает» то, что желает сам управомоченный. Применительно же к объективному праву, к объективно-правовой обязанности воля адресата нормы во внимание не принимается[3]. Другими словами, сам тот факт, что правопорядок предоставляет управомоченному поведенческую возможность определённого содержания, наделяет возможностью определённого поведения, означает закрепление за ним субъективного права. Воля правопорядка и воля управомоченного совпадают, и это совпадение и даёт возможность рассматривать субъективное право как волю управомоченного, но волю, дозволенную правопорядком. В данном случае Шуппе довольно удачно раскрыл виндшайдовскую формулу «воледозволенности» с её изрядной долей метафоричности.

Шуппе выделил понятия субъективного права в широком и узком смысле. В широком смысле под субъективным правом понимаются любые ситуации защиты субъекта и неотделимых от него благ, того, что мы называем неотделимыми от личности личными неимущественными благами[4]. Под субъективным правом в узком смысле слова понимаются ситуации, в которых индивидуальная воля непосредственно порождает правовые последствия для самого субъекта и для иных лиц[5].

---

[1] Jansen N., Michaels R. Private Law and the State: Comparative Perceptions and Historical Observations // Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (RabelsZ). 2006. Bd. 71. Heft 2. S. 345–397.
[2] Schuppe W. Op. cit. S. 44.
[3] Ibidem.
[4] Ibid. S. 45.
[5] Ibidem.

Выделение широкого и узкого понимания субъективного права было связано с некоторой неопределённостью, вытекавшей из следующего обстоятельства. Дело в том, что степень активности индивидуальной воли, её «мощность», различна в разных частноправовых контекстах. При этом почти все подобные контексты подпадают под понятие «дозволенности воли», но вместе с тем весьма отличаются друг от друга.

Шуппе предпринял попытку «расшифровки» понятия господства воли в этих новых изменившихся условиях. Но проблема состояла в том, что широкое понимание субъективного права предполагает включение в объём данного понятия случаев, в которых роль индивидуальной воли минимальна или вообще не имеет значения (субъект – лишь выгодоприобретатель предоставленной ему правопорядком возможности). Между тем узкое понятие субъективного права подразумевает гораздо большее значение индивидуальной воли. Например, применительно к секундарному праву воля управомоченного может создавать права и обязанности для иных лиц. В связи с этим возникает вопрос: насколько правомерно объединять в одно понятие столь разнородные случаи, в некоторых из которых индивидуальная воля правопорядком практически игнорируется, а в других, напротив, только она имеет юридическое значение[1]?

Это противоречие стало той ахиллесовой пятой концепции Виндшайда, которую выявил выдающийся германский правовед А. Тон. Он обратил внимание на то, что роль индивидуальной воли различна в разных юридических контекстах. И далеко не всегда в тех случаях, в которых индивидуальная воля хотя и проявляется, но её юридическое значение минимально, мы можем говорить о господстве воли в смысле Савиньи, Пухты и Виндшайда.

В самом деле, можно ли говорить, что собственник в любой момент времени «господствует» над волей всех и каждого из неопределённого круга лиц, которые обязаны воздерживаться от нарушения его права собственности? Между тем, как мы имели возможность убедиться выше, истолкованная в психологическом духе концепция абсолютно-правового отношения требует интерпретировать отношение как связь господствующей и подчинённой воли. Но субъекты могут даже не знать о существовании друг друга. И даже в «классической» сфере применения понятия притязания – в договорных обязательствах – роль воли управомоченного не так велика, как это могло бы показаться на первый взгляд.

Проблема состоит в том, что корреспондирующая праву требования кредитора юридическая обязанность должника существует не потому, что этого желает кредитор, а потому, что этого «желает» правопорядок. Однажды возникнув, данная обязанность санкционирована нормой объективного права. Даже если кредитор «забудет» о её существовании, она от этого не исчезнет. Если трактовать договорное обязательство в психологическом ключе как связь двух

[1] Kasper F. Op. cit. S. 77.

воль, то неведение кредитора должно влечь прекращение юридической связи. Между тем это не так. Соответственно, связанность должника вытекает из нормы права, а не из воли кредитора.

Наконец, имеются случаи, когда права закрепляются за недееспособными. Это также слабо совместимо с волевой теорией субъективного права. Здесь проявлений волевого элемента просто не существует. Тем не менее недееспособные рассматриваются как субъекты права и могут приобретать субъективные права.

Из всего вышесказанного следует, что от теории господства воли мало что остаётся. В связи с этим или следует её переформулировать, или отказаться от неё вовсе. Тон избрал первый путь. Он задался следующим вопросом: существуют ли случаи, в которых индивидуальная воля в самом деле «господствует», т.е. выступает непосредственным правопорождающим фактором? Если они имеются, то волевую теорию можно «спасти». Тон нашёл такие случаи, к которым он посчитал возможным отнести самозащиту гражданских прав и их судебную защиту путём предъявления иска в суд[1]. Именно в этих случаях воля управомоченного самостоятельно порождает правовые последствия, а он обладает правовой властью изменять чужую правовую сферу. Субъективным правом, по Тону, будет именно *возможность* реализации данной правовой власти. Иными словами, субъективное частное право представляет собой эвентуальный иск (в материально-правовом смысле).

Разберём эту идею на примере договорного обязательства. Само право требования, в соответствии с базовой идеей Тона, не является субъективным правом в техническом смысле слова, поскольку кредитор не обладает юридической властью над должником, не господствует над его волей. Связанность воли должника вытекает не из воли кредитора, а из воли правопорядка, который обязывает должника исполнить добровольно принятую на себя договорную обязанность. Роль кредитора в таком отношении минимальна, его интерес обеспечивается почти исключительно активностью должника. Более того, довольно распространено мнение, что должник может исполнить свою обязанность (что одновременно приведёт к осуществлению субъективного права) помимо воли кредитора.

И только в одном случае воля кредитора действительно приобретает конститутивное значение: кредитор самостоятельно решает вопрос, защищать или не защищать принадлежащее ему право требования в случае его нарушения должником. Вот здесь правовые последствия действительно зависят от суверенного решения кредитора. Правопорядок не обязывает его принимать меры к защите принадлежащего ему права. Соответственно, будет ли право действительно защищено или нет, наступят ли соответствующие правовые последствия или нет, зависит не от правопорядка, а исключительно от воли управомоченного. Именно эту ситуацию можно с полным основанием назвать правовой властью, господством воли.

[1] Thon A. Op. cit. S. 223, 224, 228.

Концепция Тона «спасла» понимание субъективного частного права как господства воли, но имела фатальные последствия для того теоретического синтеза, который предложил Виндшайд. Дело в том, что за счёт сохранения известной неопределённости в трактовке понятия воли как элемента понятия субъективного права Виндшайду удавалось удерживать два ключевых тезиса классической теории субъективного права: идею господства воли и идею исключительной сферы контроля управомоченного. Тон ориентировался на первую идею за счёт второй. Феномен господства воли Тон обнаружил в сфере *реализации* права. Таким образом, акцент был перенесён в область осуществления права, поскольку именно там роль индивидуальной воли в самом деле могла быть охарактеризована как конститутивная, обладающая правопорождающим действием. Но правовую власть осуществлять право трудно во всех случаях назвать особой сферой господства. Сфера господства обычно трактовалась как само предоставленное субъективное право, а не только как свобода его осуществления. Иначе говоря, понимание субъективного права как правовой власти осуществлять право плохо согласуется с идеей о том, что субъективные права распределяют взаимные сферы интересов субъектов частного права.

Между тем последняя идея легитимирует привилегированный статус субъективного права как основополагающей категории частного права. Только если считать, что категоризация частноправовых институтов производится по видам юридического господства субъектов над объектами, мы можем полагать, что само абстрактное понятие юридического господства субъекта является точкой отсчёта цивилистической теории. Если же всё господство сводится к эвентуальному праву на иск, то возникают серьёзные сомнения, можно ли вывести из него все частноправовые институты и стоит ли это делать.

Иными словами, теория субъективного права как эвентуального права на иск плохо монтируется с представлением о субъективном праве как обеспечивающем управомоченному исключительную сферу господства. Для формирования подобной сферы господства недостаточно лишь предоставить субъекту правомочие распорядительного типа («правовую власть»), к которому по существу сводит Тон субъективное право. Именно по этой причине Виндшайд и Шуппе объединяли в понятии субъективного права как случаи, когда управомоченному предоставляется правовая власть распорядительного типа, так и случаи, когда управомоченному предоставляется возможность поведения фактического характера (например, правомочия владения и пользования вещью в составе права собственности). Данное решение теоретически было далеко не безупречным, но зато оно сохраняло обе основополагающие идеи классической волевой теории субъективного права: господство воли и предоставление управомоченному исключительной сферы господства. Тон пожертвовал вторым тезисом, чтобы сделать первый более убедительным. Однако деконструкция понятия исключительной сферы господства управомоченного ставит под сомнения статус категории

субъективного частного права как основной абстракции цивилистики.

В самом деле, если всё пространство имущественных отношений не разделено на сферы исключительного господства (имущественные сферы), то неясно, почему категория правовой власти субъекта частного права, касающаяся гораздо меньшего объёма частноправовых явлений, должна непременно занимать в теории частного права центральную роль.

Не менее важной проблемой стало и то, что редукционизм теории императивов Тона нанёс ощутимый удар по заложенной в концепции Виндшайда онтологизации категории субъективного частного права. Выше уже отмечалось, что эта концепция открыла возможность рассматривать субъективные права как в некотором роде «реальные» феномены наподобие объектов материального физического мира, которые возникают, изменяются, «умирают». Отсюда возникли вполне определённый способ изложения системы частного права и вполне определённое понимание природы частноправовых категорий[1].

Однако редукционизм Тона устранил подобную возможность практически полностью. Он исходил из неокантианской позиции полного размежевания сущего и должного, мира физической реальности и мира норм и ценностей. Субъективное право с данной точки зрения представляет собой нормативный феномен, который относится к сфере должного, а не сущего. Это по существу *компетенция* порождать правовые последствия, которые тоже нормативны, не обладают онтологическим статусом. Поэтому к сфере нормативного вряд ли применимы категории «физикалистской» онтологии: их нельзя воспринимать как некие реально существующие субстанции, которые как-то существуют в пространственно- временном континууме, возникают, изменяются и прекращаются наподобие физических объектов.

Напротив, речь идёт исключительно об артефактах, о созданных правопорядком юридических эффектах, об искусственном приписывании некоторым фактам юридических последствий. Данные юридические последствия при этом не приобретают онтологического статуса, не становятся существующими в физикалистском смысле слова. Кроме того, они не «порождают» друг друга в смысле естественно-научного принципа причинности, а скорее приписываются правопорядком. Такова позиция, вытекающая из теории Тона и впоследствии подробно обоснованная Г. Кельзеном.

Между тем теория Виндшайда как раз исходила из смешения должного и сущего. И именно это смешение позволяло рассматривать категорию субъективного частного права в качестве первичной реальности частного права. С данной точки зрения субъективное право – это не просто технической инструмент, удачный способ описания особого механизма правового регулирования, в котором индивидуальной воле придаётся некоторой привилегированный

[1] Gmür R. Rechtswirkungsdenken in der Privatrechtsgeschichte: Theorie und Geschichte der Denkformen des Entstehens und Erlöschens von subjektiven Rechten und andern Rechtsgebilden. Bern: Stämpfli, 1981.

статус. Это первичная и исходная категория частноправовых отношений самих субъектов имущественного оборота, не столько юридическая конструкция, сколько социальная реальность, своеобразная смесь юридического и фактического.

Если устранить подобную «гибридную» структуру, оторвать юридическое от фактического, вся конструкция разрушается. Какие в таком случае основания считать субъективное право исходным пунктом структуры частного права, если само понятие господства воли поставлено под сомнение? Почему мы обязаны классифицировать частноправовые институты по типам господства субъектов над объектами, если субъекты, строго говоря, господствуют не над объектами, а лишь над средствами их защиты? И каким образом мы можем всерьёз говорить, что юридические факты влекут возникновение, изменение или прекращение субъективных прав, если сами эти субъективные права не существуют в физическом смысле слова, следовательно, строго говоря, не могут возникать, изменяться и прекращаться, а их «существование» означает лишь приписывание нормативного эффекта определённому факту? Данный парадокс требует более детального рассмотрения той специфической юридической методологии, в рамках которой подобного рода «гибридные» конструкции могли возникнуть.

Сложившуюся в пандектистике модель концептуализации частного права принято называть «юриспруденцией понятий» (Begriffsjurisprudenz). Строго говоря, в своём наиболее законченном виде данная специфическая модель трактовки частного права сформулирована тем цивилистом, который позднее стал её же непримиримым критиком, – Р. фон Иерингом. Это дало некоторым современным исследователям основание заключить, что методологии «юриспруденции понятий» никто, кроме самого Иеринга, и не придерживался[1].

Даже если это действительно так (а основания для подобного вывода действительно имеются), именно анализ методологии «юриспруденции понятий» позволит, как представляется, понять многое в том специфическом дискурсе, который был характерен для пандектистики, т.е. германской науки частного права между 1848 и 1918 гг. С точки зрения настоящего исследования критически важной представляется необходимость объяснения того, каким образом абстракции частного права стали рассматриваться в качестве основного объекта науки частного права, что обычно и относят к главным характеристикам «юриспруденции понятий». Не поняв этого, невозможно уяснить то привилегированное положение, которое в рассматриваемый период заняла «главная абстракция» частного права – категория субъективного права. Соответственно, представляется необходимым обратиться прежде всего к тому, как сам Иеринг характеризовал «юриспруденцию понятий» в начале своей научной карьеры в 1840-е и 1850-е гг.

Первое, что важно понимать в рассматриваемом отношении, является значительное

[1] Haferkamp H.-P. Georg Friedrich Puchta und die «Begriffsjurisprudenz». S. 26–46.

изменение социального климата по сравнению с предшествующей эпохой. Стремительное развитие технологий и значительные успехи естествознания породили надежды на то, что именно естественные науки могут стать общей моделью для всех наук, в том числе и для частного права. С этой точки зрения романтическая модель рационального дискурса и её наиболее характерное выражение – философия Гегеля – оказались в значительной степени дискредитированными. Успехи естественных наук породили представление (сейчас бы мы сказали – иллюзию) о том, что все явления, в том числе идеальные феномены, можно объяснить как проявления различных форм и способов «движения материи»[1]. При этом понятие материи, для того чтобы подобный редукционизм выглядел максимально убедительно, трактовалось весьма широко, во многих случаях – в духе витализма[2]. В некотором смысле парадоксальное сочетание редукционизма (сведения всего многообразия объектов в «формы материи») и витализма (наделения материи свойствами «жизненной силы») было логичным следствием стремления найти «общий знаменатель», преодолеть границы объектно-субъектного дуализма. Здесь мы, несомненно, имеем дело с наследием немецкого романтизма, который тоже пытался его преодолеть. Но меняется *технология*, с помощью которой это пытаются сделать[3]. Именно последнее обстоятельство следует считать ключевым для понимания раннего Иеринга.

Основная интуиция, лежащая в основе изучения права с помощью предложенного Иерингом метода «естественной истории» (*naturhistorische Methode*)[4], как раз и состоит в распространении методологии естественных наук на юриспруденцию[5]. Но каким образом осуществить это, учитывая значительные различия между объектами естественных наук и юриспруденции? Базовая проблема состоит в том, что частное право и юриспруденция вообще имеют дело исключительно с идеальными объектами, абстракциями, в то время как естественные науки изучают чувственно воспринимаемые феномены.

Основу юридической методологии Иеринг видит в нескольких техниках. Одну из них – юридическую герменевтику (толкование юридических текстов) – Иеринг относит к «низшей юриспруденции» и не рассматривает в качестве специфически юридической методики. Толкованием текстов занимаются и другие дисциплины. Гораздо интереснее с точки зрения интересующей нас темы три другие техники, которые Иеринг относит к «высшей юриспруденции»: анализ, концентрация и юридическая конструкция[6].

---

[1] Burrow J.W. The Crisis of Reason: European Thought, 1848–1914. New Haven: Yale University Press,2000. Ch. 1.
[2] Ibidem.
[3] Jhering R. von. Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. Teil 2, Bd. 2. Leipzig: Breitkopf und Härtel, 1858. S. 392.
[4] Ibid. S. 385.
[5] Jhering R. von. Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. Teil 2, Bd. 2. S. 323; Kuntze J. E. Die Obligation und die Singularsuccession des römischen und heutigen Rechtes: Eine civilistische Studie. Leipzig: H. Mendelssohn, 1856. S. 375.
[6] Jhering R. von. Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. Teil 2, Bd. 2. S. 358.

Анализ трактуется Иерингом в соответствии с базовым значением этого термина и соответствующей логической операции в других науках – как разложение целостностей на составляющие их элементы[1]. Концентрация понимается прежде всего как выделение из элементов абстракций, на основе которых формулируется юридическая конструкция[2]. Различие между анализом и концентрацией состоит в разном направлении соответствующей процедуры. Анализ направлен на расчленение некоторой целостности на составляющие её части, а концентрация, напротив, формулирует на базе этих элементов небольшое количество аналитических абстракций («концентрируя» элементы в абстракции). Метод юридической конструкции, в соответствии со схемой Иеринга, означает выявление среди сформулированных абстракций тех из них, которые обладают существенным значением для той или иной группы правовых норм.

Иеринг прямо указывает тот дискурс, который стал для него «источником вдохновения»при формулировании данных положений, – современную ему химию[3]. С этой точки зрения любые феномены материального мира обладают определённой химической структурой, представляющей собой комбинации химических элементов. С одной стороны, химические элементы в чистом виде выделяются путём теоретического анализа и редко существуют в природе в чистом виде. С другой стороны, понять химическую структуру реальности можно лишь путём проведения *анализа*, т.е. теоретической операции разложения целого на элементы, которые потом квалифицируются (аналог концентрации), что даёт возможность квалифицировать целостности как состоящие из комбинаций элементов и определять, какие элементы в каких комбинациях дают определённые целостности (аналог юридической конструкции).

Эта схема позволяет понять, по какой причине абстрактные категории частного права, с точки зрения раннего Иеринга, обладают в известном смысле бóльшей реальностью, чем нормы права, – по той же, по которой химические элементы (абстракции) для химии представляют бóльшее значение, чем их комбинации, существующие как объекты материального мира. Именно элементы детерминируют структуру и существенные признаки целостностей, которые из них состоят. Именно специфические комбинации элементов определяют то, что в конечном счете представляет из себя та или иная целостность. Однако единственный путь, с помощью которого можно достичь понимания структуры и существенных признаков той или иной целостности, – это логические операции. Именно по указанной причине роль абстрактных категорий, с помощью которых осуществляется анализ,столь велика для Иеринга.

Но тогда возникает другая проблема: какой эпистемологический и онтологический статус

[1] Ibid. S. 361.
[2] Ibid. S. 379.
[3] Ibid. S. 378–379.

имеют эти абстракции? Можно ли считать их исключительно «интеллектуальной техникой», с помощью которой мы понимаем реальность? Или же, напротив, речь идёт о самой реальности? Для естественных наук того времени проблема не стояла столь остро по нескольким причинам. Во-первых, вследствие редукционизма и материализма как господствовавшей тогда «научной идеологии». В условиях, когда задача науки видится в сведении (редукции) всего многообразия феноменов к единому понятию материи, последняя волей-неволей приобретает характер «единственной» или «подлинной» реальности[1]. Во- вторых, всё-таки в естественных науках абстракции описывают базовые структуры *материальной* реальности, что в значительной степени «смягчает» проблему онтологического статуса абстракций. Можно сказать, что абстракции описывают базовые элементы самой реальности (понятие атома в физике, клетки в биологии). Но в то же время очевидно, что такая «реальность» недоступна непосредственному чувственному восприятию, хотя и абстракции рассматриваются в естественных науках как основополагающие структуры материального мира.

Для юриспруденции рассматриваемая проблема стоит гораздо острее – прежде всего вследствие идеальной природы объектов, которые она изучает. По этой причине Иерингу гораздо труднее утверждать, что абстракции частного права представляют собой его «подлинную» реальность. В самом общем виде стратегия Иеринга в данном вопросе заключается в следующем: нормы права, правовые предписания являются, с точки зрения Иеринга, эквивалентом эмпирического базиса естественных наук[2]. Именно нормы и предписания расчленяются при помощи анализа на элементы, при помощи концентрации эти элементы фильтруются и конструируются юридически путём определения существенных элементов в различных комбинациях.

В известном смысле, как и в рамках естественных наук, абстракции и конструкции юридической науки оказываются важнее норм права. Ведь именно при помощи абстракций выявляется настоящее значение норм. В свете сказанного становится понятным и весьма невысокий статус учения о толковании правовых норм, которое Иеринг квалифицировал как «низшую юриспруденцию». Юридическая герменевтика имеет, с его точки зрения, весьма ограниченный эвристический потенциал: с её помощью возможно лишь понять смысл того лингвистического протокола, посредством которого выражено правовое предписание[3]. Вся основная работа по пониманию юридического смысла предписания выполняется исключительно в рамках «высшей юриспруденции»[4]. По существу, задача последней

[1] Хотя эта редукция и имеет серьёзную цену: в частности, приходится наделять материю способностью порождать идеальное (витализм).
[2] Mecke Chr.-E. Begriff des Rechts und Methode der Rechtswissenschaft bei Rudolf von Jhering (Beiträge zu Grundfragen des Rechts. Bd. 25). Göttingen: V&R Unipress, 2018. S. 504.
[3] Jhering R. von. Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. Teil 2, Bd. 2. S. 386.
[4] Ibid. S. 387.

заключается в том, чтобы «вписать» конкретную норму права в контекст юридической системы, определить место правового предписания, его связи с другими правовыми предписаниями. Лингвистический анализ совершенно непригоден для такого рода интеллектуальных операций. Акцент здесь делается как раз на квалификацию соответствующего предписания, что возможно лишь в рамках его сопоставления с другими предписаниями. А для того чтобы сопоставлять и определять взаимную логическую валентность, нужны сравнимые друг с другом элементы. Роль таких сравнимых друг с другом элементов как раз и играют аналитические абстракции (субъективное право, сделка, обязательство и т.п.)[1].

Таким образом, чтобы по-настоящему понять смысл правовой нормы, необходимо определить её место в системе, сопоставив с другими нормами права, а для этого нужно найти во всех нормах абстрактные общие элементы, которые сделают их взаимно сопоставимыми. Потому абстрактные категории науки права имеют критически важное значение для понимания юридической реальности.

Иеринг довольно осторожен и не склонен однозначно трактовать абстракции как единственную реальность права в ущерб нормам права. Это, по всей вероятности, реакция на роль абстракции в предшествующих построениях исторической школы права в духе органицизма. Скорее, напротив, Иеринг подчёркивает, что анализ, расчленение на элементы важнее, чем синтез. С такой точки зрения юридическая конструкция (высший этап «высшей юриспруденции») – это тоже аналитическая процедура (отделение существенных элементов от несущественных). Связано это прежде всего с общей ориентацией раннего Иеринга на чёткую и ясную логическую проработку того, что в рамках учения Савиньи и отчасти Пухты фигурировало в качестве синтетических метафор. В частности, Иеринг подчёркивает, что нормы и теоретический дискурс о нормах – это разные вещи. Для Иеринга абстракции делают реальность интеллигибельной, т.е. всё-таки выполняют служебную, «техническую» функцию. Но при этом значение их трудно переоценить, и создаётся впечатление, что они не только объясняют, но нередко и замещают реальность. Ведь очень часто понять, что такое норма права, можно, лишь «переведя» её на язык теоретических абстракций. С известной долей условности можно сказать, что метод «юриспруденции понятий» и представляет собой методику перевода предписаний на язык абстракций.

Ещё одно важное обстоятельство, препятствующее адекватно оценить онтологический статус абстракций науки частного права у Иеринга, заключается в «структурном» характере его теории права. Опять-таки Иеринг заимствует в естественных науках (на этот раз – в биологии)

[1] Ibid. S. 171.

базовую дихотомию анатомии и физиологии[1]. Если первая изучает структурные аспекты живых организмов, то вторая концентрируется на их функциях. Юридическая догматика у раннего Иеринга выполняет роль анатомии, концентрируется на структурных аспектах, «строении» правовой реальности[2].

С этой точки зрения аналитические абстракции являются исходными структурами самой реальности. Другими словами, «подлинная» реальность правовых предписаний сводится в конечном счёте к комбинации некоторого количества аналитических абстракций. Связан такой акцент на структурном подходе как раз с тем, что аналитические абстракции делают сопоставимым то, что без учёта данного структурного компонента оказывается несопоставимым друг с другом. В известном смысле основанный на аналитических абстракциях структурный подход к праву у Иеринга выступает эквивалентом современных процедур формализации и квантификации в социальных науках (прежде всего в экономической теории). В этой «структурной» теории всегда существует напряжение между «отображаемой реальностью» и логическими (математическими) абстракциями, при помощи которых такая «реальность» выражается. С одной стороны, абстракции, несомненно, упрощают, а значит, искажают реальность. С другой стороны, у нас нет доступа к ней, помимо самих абстракций. Но, в любом случае, при любой трактовке их соотношения значение аналитических абстракций трудно переоценить.

В то же время, несмотря на внутреннюю полемику с исторической школой права, Иеринг наследует одну важную черту немецкого романтизма начала XIX в. Речь идёт об отсутствии строгой границы между нормой и фактом. У раннего Иеринга это, в частности, получило выражение в следующем. С одной стороны, как уже отмечалось выше, Иеринг отличает нормы права от догматических конструкций науки о (частном) праве. Это несомненный шаг в направлении от традиции исторической школы, основанной на органическом понимании права, в рамках которого нормы и теоретические принципы составляли неразрывное единство. С другой стороны, сами аналитические абстракции, категории догматики, которые вроде бы описывают сферу должного, выражены языком сущего. Иными словами, в то время как описываемая реальность квалифицируется в качестве идеальной, нормативной, язык теоретического описания данной реальности выбран так, как если бы речь шла о явлениях материального мира.

Именно эта неопределённость создаёт некоторые преимущества и порождает то, что всегда

---

[1] Jhering R. von. Unsere Aufgabe // Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts. 1857. Bd. 1. S. 5; Idem. Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. Teil 1. Leipzig: Breitkopf und Härtel, 1852. S. 42.

[2] Интересно отметить, что поздний Иеринг как раз тем и отличается от раннего, что он перешёл от структурного рассмотрения права к функциональному.

рассматривается в качестве важного достоинства метода «юриспруденции понятий». С одной стороны, аналитические абстракции чётко отделяются от отображаемой реальности, что позволяет оценивать их как *логические категории*, а не просто как элементы последней. С другой стороны, сами аналитические категории, выражающие мир идеальных объектов (нормативных предписаний), формулируются так, как если бы они отражали реально существующие объекты, а не нормы (например, субъективное вещное право *является* господством над индивидуально-определённой вещью; субъективные права *бывают* двух видов: вещные или обязательственные и т.п.). Открывается возможность репрезентации нормативных феноменов в качестве своеобразных идеальных объектов, а значит, и применения к ним того языка описания, который используется в отношении объектов материального мира[1]. Отсюда выражения наподобие «возникновение, изменение или прекращение прав», которые трудно поддаются пониманию, если исходить из того, что права представляют собой императивы (или сводимы к ним) и не обладают качеством «существования» в том же смысле, в котором это применимо к объектам материального мира.

Соответственно, логические операции, которые «порождают» аналитические абстракции, догматические категории (анализ, концентрация и юридическая конструкция), составляют существо юриспруденции, то, что, с точки зрения Иеринга, создаёт автономию права и юриспруденции как особой самостоятельной дисциплины. Более того, эти абстракции обладают потенциалом создавать новые абстракции (так называемая «продуктивная юриспруденция»)[2]. В таком случае основное содержание юриспруденции вообще и частного права в особенности должно сводиться к оперированию с абстрактными аналитическими категориями. Как раз по этой причине данная модель науки (частного) права и получила название «юриспруденции понятий».

Именно подобная онтологизация догматических категорий и юридических конструкций стала основным пунктом в критике «юриспруденции понятий»[3]. Конечно, с позиций строгого дуализма методология, изложенная ранним Иерингом, уязвима. Однако в данном случае необходимо иметь в виду два следующих обстоятельства. Во-первых, юридические конструкции можно рассматривать в прагматическом ключе, прежде всего как средства анализа, без определения их отношения к реальности. Это позволяет использовать то, что реально работает, а сложные вопросы обоснования статуса такого рабочего инструментария вынести за скобки. В этом смысл позиции философского прагматизма. Во-вторых, в современной юридической литературе отмечается, что даже если аналитические абстракции

[1] Jhering R. von. Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. Teil 2, Bd. 2. S. 388, 389.

[2] Jhering R. von. Unsere Aufgabe. S. 2.

[3] Критике, которую инициировал сам Иеринг после 1859 г.

рассматривать исключительно как научные фикции, они всё равно имеют большое эвристическое значение[1]. И пока не придумано иного способа получить этот эвристический эффект, не прибегая к использованию указанных категориальных структур.

Проведённый анализ методологии «юриспруденции понятий» позволяет объяснить, что изменилось в трактовке категории субъективного (частного) права по сравнению с версиями Савиньи и (в значительной мере) Пухты. Основная модификация состоит в том, что категория субъективного права оказалась отделена от теологических и метафизических коннотаций, которые сопровождали её в рамках органических конструкций исторической школы. Если кратко сформулировать существо дела, то субъективное право стало рассматриваться как особый абстрактный объект и одновременно как базовая абстракция, исходный логический элемент, необходимый для описания любых частноправовых явлений.

В свете вышесказанного становится ясна и роль категории субъективного права как «конечной абстракции» частного права. Абстракции, по мнению сторонников методологии «юриспруденции понятий», помогают решить проблему пробелов и противоречий права в условиях даже не просто отсутствия кодификации норм частного права, а в ситуации, когда нормативно-правовой акт не является основным источником права (что и было характерно для Германии XIX в.). В подобных обстоятельствах то, что Иеринг именовал анализом, концентрацией и юридической конструкцией, приобретает во многом правопорожлающее значение. Абстрактные элементы и их комбинации помогают заполнить пробелы и устранить противоречия между нормами в условиях, когда привычные нам техники телеологического толкования или опоры на «волю законодателя» (что бы это ни означало) недоступны в силу банального отсутствия «воли законодателя» в большинстве ситуаций, с которыми приходилось иметь дело германским цивилистам XIX в. Соответственно, правильно построенная абстракция приобретает в таком случае значение, которое трудно переоценить. При этом сама логика данной методологии приводит к тому, чтобы пытаться описывать частное право при помощи небольшого количества абстракций, поскольку иначе, при существовании огромного числа понятий, объяснительный эффект методологии окажется нивелирован. Отсюда имманентное методологии «юриспруденции понятий» стремление найти наиболее простые и очень абстрактные категории, при помощи которых объясняется все частное право и, что ещё важнее, обеспечивается возможность восполнять пробелы и устранять противоречия в праве. Именно это заложенное в логике «юриспруденции понятий» стремление к формированию абстракций высокого уровня и делает категорию субъективного права «базовой абстракцией» частного права.

[1] Neumann U. Rechtsontologie und juristische Argumentation: Zu den ontologischen Implikationen juristischen Argumentierens (R.v. Decker’s rechts- und sozialwissenschaftliche Abhandlungen. Bd. 4). Heidelberg; Hamburg; R. v. Decker; G. Schenk, 1979.

Другими словами, методология, в которой научные абстракции высокого уровня выполняют по существу функцию правотворчества (восполнение пробелов и устранение противоречий), естественным образом тяготеет к поиску наиболее простых категорий предельно общего характера, при помощи которых можно описать всё частное право. Категория субъективного права как нельзя лучше подходит для этой цели.

Здесь становится ясным и некоторый семантический сдвиг, который произошёл в понимании категории субъективного (частного) права в рамках «юриспруденции понятий» по сравнению с волевой теорией исторической школы права. Коротко говоря, акцент был перенесён с метафизики на юридическую технику. Главная причина, по которой категория субъективного права считалась центральной для пандектистики, заключалась в том, что данная абстракция была оптимально простой и оптимально общей, чтобы быть отличным инструментом для правоприменения и теоретического анализа, т.е. главным образом в её привлекательности как средства юридической техники. Этот мотив, конечно, в известной степени присутствовал в классических версиях волевой теории Савиньи и Пухты. Однако он не был для них решающим. Основной акцент там делался на метафизическом и «мировоззренческом» аспектах указанной категории.

Таким образом, та концепция субъективного права, которую можно с некоторой долей условности отождествить с теоретическими исследованиями Виндшайда и раннего Иеринга, внесла в классическую волевую теорию Савиньи и Пухты две новые черты.

Во-первых, если у Канта, Савиньи и (с некоторыми оговорками) у Пухтырассматриваемая категория имела моральное измерение как способ обоснования частной автономии, то в рамках «юриспруденции понятий» она потеряла своё метаюридическое содержание и стала сугубо юридико-техническим феноменом. Но вместе с тем это был и способ описания, и исходный элемент предметной области, к которому описание относилось. Во-вторых, пандектистская техника работы с юридическими абстракциями, которую с такими искусностью и блеском описал Иеринг, несколько скорректировала базовое значениеи понимание категории субъективного права в частном праве. На передний план выступила *юридико-техническая трактовка* абстракции субъективного права в ущерб его метафизическим и мировоззренческим коннотациям, которые весьма сильно присутствуют у Савиньи и Пухты в их классических вариантах волевой теории.

Со временем все три элемента этого теоретического синтеза (психологическая трактовка воли, юридический позитивизм и склонность к оперированию абстракциями высокого уровня) подверглись критике. Особенные сомнения, конечно, вызывает правотворческая функция научных абстракций цивилистики, которая, собственно, и дала название методологии «юриспруденции понятий» (данный термин обычно имеет негативную коннотацию).

Но на первом этапе интенсивному анализу и критике подвергся первый элемент – психологическое понимание воли в конструкции субъективного права. Эта тенденция скепсиса относительно возможности сформулировать единое понятие субъективного права как господства воли, чтобы оно при этом оставалось фундаментальной и основополагающей категорией цивилистики, получила выражение в работах Э. Р. Бирлинга. Он полностью солидаризировался с Тоном относительно того, что правомочия пользования не имеют юридического значения и не должны квалифицироваться в качестве субъективно-правовых возможностей[1]. Вещное право в рамках подобной конструкции сводится к абсолютному правоотношению, объектом которого выступает индивидуально-определённая вещь.

Однако существом субъективного права, в отличие от Тона, Бирлинг считал не эвентуальный иск, а притязание, которое, с точки зрения Тона, вообще не обладало субъективно-правовым статусом (вне связанного с ним права на иск). В самом деле, если и вещные, и обязательственные права представляют собой права требовать определённого поведения от обязанных лиц, то существо права можно обнаружить в притязании. Бирлинг полагает, что право и обязанность неразрывно связаны между собой. Действительно, если субъективное право – это право требования *par excellence*, то любому субъективному праву должна корреспондировать юридическая обязанность. Соответственно, в тех случаях, когда праву не противостоит юридическая обязанность (например, секундарные права), нет смысла говорить о субъективном праве. Этот аргумент сильно повлиял на отечественную доктрину, для которой до сих пор субъективное право и юридическая обязанность – парные категории.

Что же позволило считать притязание в смысле права на чужое поведение *субъективным* правом после разрушительной критики Тона, который показал, что должник обязан к определённому поведению не потому, что этого желает кредитор, а потому, что такова воля правопорядка? Бирлинг исходит из того, что права конституируются путём их признания другими (обязанными) лицами. У него психологическое понимание субъективного права достигает кульминационного пункта. Конститутивным признаком притязания становится не только сознание связанности со стороны обязанного лица, но и признание господства воли управомоченного со стороны обязанного субъекта. При этом, как ни парадоксально, Бирлинг в целом исходит из позитивистского правопонимания. Парадокс между необходимостью признания права обязанным лицом и тем, что нормативным источником права является воля правопорядка, разрешается тем аргументом, что, совершая юридически значимые действия, субъект тем самым признаёт любые правовые предписания. Проблема, однако, в том, что в данном случае смешиваются объективно-правовые и субъективно-правовые обязанности. Можно признавать правопорядок, так сказать, «конклюдентными действиями», пользуясь его

[1] Bierling E.R. Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe. 2. Teil. Gotha: F. A. Perthes, 1883. S. 52, 55–57.

инструментами для приобретения прав. Признание права издавать обязательные правовые предписания ещё как-то можно считать конститутивным условием существования правопорядка. Однако эта логика не работает на уровне субъективного права, возможность приобретения и (в большинстве случаев) содержание которого определяются правопорядком (как и корреспондирующая ему обязанность). Что в таких условиях должно означать «признание» обязанным лицом субъективного права как непременное условие его существования, понять довольно сложно.

В теории Бирлинга проявилась та же тенденция редукции субъективного права, которая наблюдалась в теории Тона. Только направление редукции Бирлинг выбрал несколько иное, отождествив субъективное право не с распорядительным правомочием, а с правом требования. В этом проявляется кризис волевой теории в классическом выражении.

Та же тенденция наблюдается, если перейти к анализу отдельных институтов частного права. Виндшайд сохранил некоторую двусмысленность относительно понимания субъективного вещного права. С одной стороны, введение в научный оборот понятия притязания должно было переориентировать понятие вещного права с традиционного господства над вещью на господство над волей обязанных лиц. Но это влекло дополнительные трудности. Как уже неоднократно отмечалось выше, традиционно притязание предполагает юридическую связь между определёнными лицами. Только в таком случае соответствующую правовую связь можно трактовать в психологическом ключе как отношение двух воль, как связанность. Между тем вещное правоотношение представляет собой связь между определённым управомоченным и неопределённым кругом обязанных лиц. Определённость на стороне обязанного лица возникает только в случае нарушения чужого вещного права. Поэтому, строго говоря, понятие вещно-правового притязания применимо к отношениям управомоченного и обязанного субъектов исключительно после факта нарушения чужого вещного права.

Это, в свою очередь, порождает дополнительную трудность с квалификацией вещного правоотношения. Получается, что на ненарушенной его стадии вещное правоотношение нельзя квалифицировать в качестве права требования управомоченного к обязанному. В таком случае получается, что до факта нарушения между вещно-управомоченным и неопределённым кругом обязанных лиц правовой связи в том смысле, в каком её понимали в то время (психологическая связанность), нет. Значит, мы должны или вообще заключить, что вещного правоотношения не существует, а есть лишь объективно-правовой абсолютный запрет всем иным лицам и его рефлекс – являющаяся его результатом возможность поведения на стороне управомоченного, или вернуться к традиционному пониманию вещного права как господства над вещью. Первый вариант означает полный отказ от категории вещного права, второй же влечёт все уже знакомые нам проблемы с квалификацией отношения к вещи.

Аналогичные по существу проблемы возникают и применительно к понятию обязательства. На первый взгляд в данном случае не возникает таких трудностей, как в вещном праве. Как уже неоднократно отмечалось выше, конструкция притязания смоделирована по образцу обязательственного права требования. Но и здесь появляются проблемы, которые касаются главным образом применимости понятия господства воли управомоченного.

Германский пандектист А. фон Бринц обратил внимание на трудности, связанные с применением понятия господства или власти к праву требования. Он отметил, что далеко не всегда существо правовых возможностей кредитора по отношению к должнику может быть охарактеризовано как власть. В частности, до факта неисполнения должником своей обязанности кредитор, строго говоря, не обладает никакой властью по отношению к должнику, если под властью понимать способность изменять поведение другого субъекта[1]. Реальная власть состоит исключительно в возможности принудительного осуществленияправа через суд. Только в данном случае проявляется действительная власть кредитора над должником. Интересен тот факт, что Бринц понимает власть как фактическую категорию – как способность односторонними действиями изменить поведение другого лица.

Данную позицию оспорил Р. Зом, который обратил внимание на некорректность применения понятия правовой власти к субъектам в частном праве. По мнению Зома, это не соответствует принципу равенства субъектов частного права и их автономии[2]. Что же касается принудительного осуществления права требования, в котором Бринц видел элементы господства над волей должника, то оно относится не к частному праву, а к гражданскому процессу, т.е. к публичному праву. В связи с этим право требования, по мнению Зома, вообще не представляется возможным охарактеризовать как правовую или фактическую власть или господство. В данном случае именно должник, а не кредитор играет активную роль (по крайней мере на донарушенной стадии развития обязательственного правоотношения). «Сущность права требования составляет безвластие (*Ohnmacht*)», – вот так афористично резюмировал свою позицию Р. Зом[3].

Позиции Бринца и Зома при всех их различиях имеют сходную черту: оба автора считают понятие правовой власти или господства воли неприменимым к праву требования (на донарушенной стадии). Различие между точками зрения указанных авторов состоит только в том, что первый пытается обнаружить понятие власти и господства кредитора в других аспектах обязательственного правоотношения, а второй вовсе отказывается от этого понятия.

Основная причина лежит в общей проблеме: если трактовать власть в сугубо

---

[1] Brinz A. von. Kritische Blätter civilistischen Inhalts: In zwanglosen Heften. Nr. 3. Erlangen, F. Enke, 1853. S. 8.
[2] Sohm R. Der Begriff des Forderungsrechts // Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart(Grünhuts Zeitschrift). 1877. Bd. 4. S. 472.
[3] Ibidem.

психологическом ключе как господство и подчинение, то обнаружить их в отношении между субъектами обязательства (на донарушенной стадии его развития) крайне трудно. Если к этому добавить, что власть над материальными объектами (считавшаяся сущностью субъективного вещного права) вообще не может быть выражена в категориях психологической связи, то понятия господства и власти как ключевые элементы теории субъективного частного права повисают в воздухе[1].

Попробуем сформулировать основные идеи, высказанные выше. Теория субъективного права, господствовавшая в рамках германской доктрины частного права во второй половине XIX в., по существу является наиболее знакомым всем (в том числе и за пределами германоязычных правопорядков) пониманием категории субъективного права. Эта теоретическая модель стала объектом многочисленных заимствований, в том числе и со стороны российской науки частного права. Именно пандектистское понимание категории субъективного права обеспечило наиболее убедительные аргументы в пользу трактовки последнего в качестве «конечной абстракции» частного права.

Пандектистское понимание категории субъективного права в целом ориентировалось на подходы, разработанные исторической школой права, прежде всего Савиньи и Пухтой. Однако Виндшайд (и отчасти ранний Иеринг) внесли в эту модель несколько существенных корректив.

Во-первых, понятие воли как существа субъективного права стало трактоваться не в теологическом (как у теоретиков саламанкской школы) и не в метафизическом (как у старших представителей исторической школы права), а в эмпирико-психологическом ключе. Здесь сказались общая ориентация на использование в правоведении методов естественных наук и отказ от спорных философских теорий.

Во-вторых, трактовка воли как объекта, доступного для эмпирического анализа поаналогии с чувственно воспринимаемыми объектами естественных наук, позволила рассматривать правовые абстракции, в том числе и категорию субъективного права, в качестве своеобразных абстрактных объектов, существующих и изменяющихся во времени (права «возникают», «изменяются» и «прекращаются»), а также представляющих собой особую юридическую реальность. По аналогии с естественными науками (в первую очередь с химией) задача науки частного права виделась пандектистам в том, чтобы обнаружить базовые элементы, из которых состоят все частноправовые явления. Подобно тому, как химия анализирует химический состав предметов, выделяя в их структуре отдельные базовые химические элементы и их сочетания, право должно при помощи анализа выявлять базовые элементарные абстракции, которые в разных сочетаниях присутствуют и определяют юридическую природу различных частноправовых институтов.

[1] Kasper F. Op. cit. S. 71.

Таким образом, именно эти элементарные абстракции и являются, в соответствии с данной логикой, подлинной реальностью частного права. Именно их выделение позволяет, в частности, заполнять пробелы в праве и устранять правовые противоречия. Более того, с этойточки зрения, чем выше уровень соответствующей абстракции, тем она оказывается ценнее иважнее в аспекте теоретического анализа и правоприменения. Именно по указанной причине категория субъективного права стала ключевой, поскольку это предельная абстракция.

В-третьих, в отличие от Савиньи и Пухты, для которых наиболее важными были идеологические и метафизические аспекты категории субъективного права (выражения автономии воли), Виндшайд, признавая важность метафизического и идеологического измерения (признание частной «компетенции» создавать права и обязанности), переносит акцент на понимание субъективного права как приёма юридической техники (специфического способа, при помощи которого правопорядок обеспечивает регулирование).

Эта только намеченная Виндшайдом линия развития доктрины субъективного права получила выражение, в частности, в том, что он чётко и однозначно трактовал феномен субъективного права как производный от объективного права, включённый в соответствующий национальный правопорядок.

Наиболее уязвимые места теоретической конструкции субъективного права пандектистики классического периода касаются двух моментов.

Во-первых, существует некоторое «напряжение» между признанием правотворческой функции научных абстракций цивилистики (и понятия субъективного права как «главной» абстракции), с одной стороны, и попыткой «вписать» категорию субъективного права в рамки национального позитивного права – с другой.

Во-вторых, как показала дискуссия вокруг эмпирико-психологического понимания категории субъективного права, использование в конструкции субъективного права понятия воли в его эмпирико-психологическом значении приводит к разрушению единства данной категории. Степень «интенсивности» проявления индивидуальной воли и её юридическое значение (способность порождать права и обязанности) различны в разных контекстах в частном праве. Как оказалось, идентичность категории воли в рамках классической волевой теории субъективного права придают именно идеологические и метафизические её аспекты, от которых эмпирико-психологическая теория отказалась.

* * *

1. Виндшайд и отчасти ранний Иеринг произвели адаптацию выработанного исторической школой права понимания субъективного частного права в духе его психологизации и неидеологизации, превращения прежде всего в фигуру юридической

техники. Отныне субъективное право трактовалось в смысле соотношения воли управомоченного и обязанного лиц. Это позволило уточнить метафору «господства над объектом», которая воспринималась как в высшей степени неопределённая.

2. «Психологизация» понятия воли как элемента субъективного частного права позволила сохранить исходный синтез сущего и должного, заложенный Савиньи в понятие правоотношения и субъективного права. Если рассматривать волю как психологическую реальность, то и субъективные права выступают как особые предметы, к которым применимы «физикалистские» методы анализа и категоризации. Отсюда, в частности, идея о «жизненном цикле» субъективных прав – их «возникновении, изменении и прекращении».

3. Вторым фундаментальным вкладом Виндшайда стала интеграция категории субъективного частного права в рамки теории юридического позитивизма. Субъективное право стало результатом действия объективного права. Отсюда понимание субъективного права как «дозволенности воли».

4. По сравнению с классической волевой теорией субъективного права исторической школы произошёл определённый семантической сдвиг в понимании субъективного права. Акцент был перенесён с метафизических и идеологических аспектов понятия субъективного права на его юридико-техническую функцию.

5. Центральная роль категории субъективного права в рамках германской науки пандектного права середины XIX в. обусловливается прежде всего сформулированным Иерингом специфическим пониманием в рамках методологии «юриспруденции понятий» роли абстрактных категорий науки частного права, которые рассматривались как правопорождающие факторы, а не просто лишь как способы описания частного права или социальной реальности.

6. Синтез Виндшайда подвергся серьёзным возражениям. Основной линией критики стал фиктивный характер воли в целом ряде субъективно-правовых контекстов (абсолютно-правовая обязанность всех других лиц воздерживаться от нарушения чужого абсолютного права, права недееспособных лиц и т.п.).

Глава 2. Альтернативные модели субъективного частного права

2.1. Субъективное частное право как интерес

Кризис волевой теории субъективного права в её классической форме стал закономерным результатом её собственного развития. В этом смысле пересмотр основ представлений о соотношении индивидуальной воли и правопорядка, понятии юридически значимой воли в частном праве имел скорее позитивное значение, нежели негативное. Примерно к последней четверти XIX в. ситуация выглядела следующим образом.

Ключевыми факторами, повлиявшими на ревизию основополагающих представлений о субъективном частном праве, стали принятие психологического понимания воли в рамках конструкции субъективного права, с одной стороны, и практически всеобщее признание цивилистами приоритета объективного права над субъективным и, соответственно, воли правопорядка над волей субъекта частного права, с другой стороны. Это позволило сформировать автономное частноправовое учение о субъективном праве, избавив теорию воли от её философских, этических и теологических предпосылок, благодаря которым, собственно, и был сформирован весь корпус допущений, гипотез и концепций, который известен нам как теория субъективного (частного) права. Но эта же автономизация частного права в целом и учения о субъективном праве как его ключевого компонента в частности имела свою цену.

Последовательное применение психологического понимания воли в теории субъективного права обнаружило целый ряд противоречий, которые в конечном итоге и вызвали кризис всей теории в целом. Прежде всего, оказалось, что степень проявления и юридическое значение воли в частном праве оказываются не просто разными, но часто варьируются в крайне большом диапазоне, что делает формирование единообразного понимания юридически значимой воли если не невозможным, то в высшей степени проблематичным.

Выявилось, в частности, что в некоторых случаях воля управомоченного вообще никак или почти никак не может повлиять на возникновение, изменение или прекращение частных прав и обязанностей. Управомоченный в таком случае оказывается лишь выгодоприобретателем юридической обязанности. В других же случаях, напротив, именно от воли управомоченного целиком зависит наступление или ненаступление юридически значимого эффекта. В одних случаях воля управомоченного направлена на совершение действий сугубо фактического характера (например, правомочие пользования в составе права собственности). В других же, наоборот, речь идёт исключительно о праве на совершение сделок (секундарные права). Наконец, в целом ряде контекстов, в которых традиционно используется термин «субъективное право», вообще трудно говорить о воле управомоченногопо той причине, что речь идёт, например, о правах недееспособных. Все такие контексты трудно объединить в

рамках унифицированного понимания субъективного права как господства воли. Это, в частности, привело к тому, что даже в рамках волевых[1] и комбинаторных теорий[2] субъективного частного права данное понятие стало рассматриваться не как единое, а как несколько типов правонаделения, классифицируемых в зависимости от характера, степени выраженности и содержания волевого компонента.

В то же время и само понятие господства воли уже не казалось столь бесспорным и очевидным, каковым оно представлялось во времена Георга Пухты (1798–1846). Применительно к юридической конструкции вещного права проблематичным стало казаться понятие «господства над вещью»[3]. Применительно же к юридической конструкции обязательства стали возникать сомнения, что правовые возможности кредитора в отношении должника являются господством в строго психологическом смысле слова[4]. Таким образом, психологизация понимания воли привела к тому, что выявилась сложность применения этого понятия к основополагающим типам правовых институтов частного права.

Наконец, ещё одну сложность представляла теоретическая фиксация соотношения объективного и субъективного права. Как уже отмечалось выше, цивилисты в целом признали к этому времени примат объективного права над субъективным. Частное право рассматривалось как часть национальных правовых систем. Признавалась достаточно высокая степень (хотя и не полная) контроля национальных государств над частным правом[5].

В подобных условиях концепция, придающая индивидуальной воле функцию порождения права, автоматически становится проблематичной. Виндшайд в своём понимании субъективного права как *Wollendürfen* («дозволенности воли») признал, что основой субъективного частного права являются правовые нормы. Однако это сразу жеспровоцировало сомнение по поводу того, в какой мере признание приоритета объективного права над субъективным вообще оставляет место для категории права субъективного. В самом деле, если объективное право *предоставляет* субъектам определённые поведенческие возможности, то зачем удваивать терминологию и использовать ещё и понятие субъективногоправа? Не проще ли просто констатировать, что объективно-правовое предписание издаётся *в пользу* определённого субъекта? При подобном понимании возникают сомнения относительно избыточности самого понятия субъективного частного права. Ведь, в принципе, все те явления, которые им охватывались в рамках классической волевой теории, могут быть адекватно теоретически

[1] Hölder E. Ueber objectives und subjectives Recht: Ein Vortrag. Leipzig: A. Deichert, 1893.
[2] Tuhr A. von. Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts. Erster Band, Allgemeine Lehren und Personenrecht. Duncker & Humblot reprints, 2013.
[3] Третьяков С.В. Юридическое господство над объектом как догматическая конструкция континентальной цивилистики // Гражданское право: современные проблемы науки, законодательства, практики: сборник статей к юбилею доктора юридических наук, профессора Е.А. Суханова. М.: Статут, 2018. С. 481-509
[4] Sohm R. Op. cit.
[5] Jansen N., Michaels R. Op. cit.

описаны исключительно в терминах объективного права. Иными словами, впервые на теоретическом уровне была поставлена *проблема функции субъективного права*.

Интересной и своеобразной попыткой разрешения всех вышеперечисленных проблем и противоречий стала широко известная *теория интереса Рудольфа фон Иеринга*. Сама фигура Иеринга, его академическая биография и жизненный путь[1] отражают бурные социальные изменения, которые потрясли Европу во второй половине XIX в., вызвали колоссальный по масштабу, интенсивности и последствиям кризис, породивший в конечном счёте два мировые войны в XX в. Начав как самый способный последователь Георга Пухты, он со временем превратился в бескомпромиссного критика того корпуса идей и представлений, которые ассоциировались с именами классиков исторической школы права. Одной из важных линий исследовательской программы Иеринга был пересмотр базовых представлений теории субъективного частного права. Иеринг не оставил единого текста, который бы в полной мере и исчерпывающим образом отражал его собственную теорию субъективного права. Самое полное выражение его взгляды по рассматриваемому вопросу отражены в третьем томе «Духа римского права на различных стадиях его развития»[2]. Характерно и то, что фундаментальная критика волевой теории субъективного частного права планировалась Иерингом для второго полутома третьего тома «Духа римского права», который так и не увидел свет, поскольку внимание автора переключилось на анализ понятий цели в праве и «борьбы за право»[3]. Это отнюдь не случайное обстоятельство, как будет продемонстрировано ниже, имеет ключевое значение для понимания теории интереса в целом. Кроме того, оно характеризует полную противоречий натуру Иеринга, личность которого была блистательным выражением его эпохи.

Иеринг перенёс фокус внимания в рамках теории субъективного частного права с формального аспекта господства воли на социальные интересы и потребности, ради осуществления которых субъекты эту волю реализуют. В самом деле, любая поведенческая возможность закрепляется за субъектом и реализуется им не ради себя самой, а исключительно с определённой целью. Иными словами, поведенческая возможность существует потому и постольку, почему и поскольку существует определённый интерес субъекта права в существовании и реализации данной поведенческой возможности.

С точки зрения Иеринга воля индивида не может претендовать на роль ключевого момента в конструкции субъективного права, поскольку в условиях позитивистского типа правопонимания субъективное право и субъективная воля производны от объективного права,

---

[1] Jansen N., Reimann M.J. Begriff und Zweck in der Jurisprudenz – Ein Geburtstagsblatt für Rudolf von Jhering // Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (ZEuP). 2018. Heft 1. S. 89–128.
[2] Jhering R. von. Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. Teil 3, Bd. 1.
[3] Fezer K.-H. Op. cit. S. 222.

от воли правопорядка[1]. Определённая поведенческая возможность («господство воли») предоставляется субъекту частного права не ради самой себя, а потому, что правопорядок полагает, что такое предоставление оптимально с точки зрения интересов самого субъекта и интересов социума в целом. В некоторых случаях принятие юридически значимых решений (т.е. порождающих правовые последствия) *целесообразно* доверить самому субъекту, относительно поведения которого осуществляется правовое регулирование. Иными словами, автономия воли действительно имеет место, но она носит функциональный характер, существует не ради самой себя, а потому, что это представляется оптимальным с точки зрения соотношения частных и общественных интересов. Содержание же частноправовой автономии составляет не столько «господство воли» в определённой сфере, сколько обеспечение субъектам частного права возможности достигать хозяйственные и индивидуальные цели, реализуя свои потребности[2].

Рассматриваемая теоретическая конструкция действительно позволяет решить ряд проблем теории субъективного частного права. Прежде всего речь идёт о пресловутой проблеме наделения правами недееспособных. С позиции классической волевой теории они не должны были бы трактоваться в качестве полноценных субъектов частных прав. Это связано с тем, что ключевое с точки зрения классической волевой теории субъективного права качество – способность выражать юридически значимую волю – у таких субъектов отсутствует. С другой стороны, почти все без исключения классические варианты волевой теории признавали за недееспособными возможность быть носителями субъективных частных прав.

Если ключевым элементом в теоретической конструкции субъективного частного права считать не волю, а интерес в доступе к благу (экономическому или идеальному), то проблема исчезает, поскольку недееспособные, несомненно, таким интересом обладают независимо от способности его осуществлять своими юридически значимыми действиями. Решается и проблема гетерогенности понятия субъективного частного права. Опять-таки если полагать, что основным элементом конструкции субъективного частного права является не воля, а интерес, то не так уж и важно, в какой мере индивидуальная воля имеет юридическое значение. Наличие интереса характерно как для субъекта секундарного права, так и для носителя правомочия пользования в составе права собственности. И неважно, что степень интенсивности проявления и характер волевого элемента в них радикально различаются, поскольку интерес существует в одинаковой мере и в том, и в другом случае. Более того, интерес существует и применительно к случаям, когда норма объективного права просто предоставляет субъекту определённую поведенческую возможность, не требуя от него какой-либо самостоятельной активности,

[1] Jhering R. von. Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. Teil 3, Bd. 1. S. 329-330.

[2] Ibid. S. 331.

совершения собственных действий, направленных на приобретение и реализацию соответствующего права. Иначе говоря, речь идёт о случаях, когда поведенческая возможность является *рефлексом* объективного права. Эти случаи порождали определённые проблемы для волевой теории субъективного права в виндшайдовском духе, поскольку, признавая примат объективного права над субъективным иправа недееспособных, трудно было объяснить, почему рефлексы объективного права не являются субъективными правами.

Это, в свою очередь, позволило Иерингу решить и более общую, фундаментальную проблему соотношения объективного и субъективного права, от невозможности разрешения которой хронически страдала волевая теория субъективного права при эмпирико-психологическом понимании воли. Субъективные права как юридически защищённые интересы представляют собой юридико-техническое средство разграничения частных интересов между собой.

При такой постановке вопроса напрашиваются аналогии с кантианским пониманием субъективного права, которое по существу и представляло собой распределение исключительных сфер господства воли различных субъектов относительно друг друга[1]. Ключевое отличие концепции Иеринга от классической волевой теории субъективного права в этом отношении состоит в том, что Кант и его последователи в цивилистике полагали, что сферы исключительного господства воли различных субъектов можно построить таким образом, чтобы они гармонично сочетались друг с другом, не пересекаясь. Иеринг же исходил из гипотезы, что интересы разных лиц по определению противоречат друг другу, постоянно пересекаются. Поэтому функция права с точки зрения классической теории субъективного права состоит в том, чтобы найти формулу бесконфликтного сосуществования воль разных субъектов. В то же время для Иеринга функция права, напротив, состоит в разрешении конфликтов интересов различных субъектов между собой. Наделение субъективным правом с этой точки зрения представляет собой не закрепление частной автономии за каждым, а признание приоритета одного интереса над другим.

Другими словами, субъективные права предоставляются не просто так, а для реализации определённой социальной цели. Понятие субъективного частного права *инструментализируется*. Отсюда закономерным образом возникает вопрос о социальной функции понятия субъективного частного права. Этот вопрос представляет определённую сложность для теории Иеринга. Дело в том, что признание интереса ключевым компонентом концепции субъективного права приводит к тому, что любой случай юридической защиты интереса следует вроде бы трактовать в качестве субъективного права. Но это не соответствует цивилистической традиции, которая не признавала и не признаёт субъективными правами в

[1] Pleister W. Persönlichkeit, Wille und Freiheit im Werke Jherings. Ebelsbach: R. Gremer, 1982. S. 59–61.

техническом смысле слова некоторые ситуации, в которых юридическая защита пользования благом (а следовательно, и юридически значимый интерес) существует, признаётся и обеспечивается правопорядком, например случаи исполнения обязательства третьему лицу, когда последнее является лишь адресатом исполнения должником своей юридической обязанности, а не управомоченным в строгом смысле слова. Более того, не кто иной, как сам Иеринг, ввёл в научный оборот понятие рефлекса права[1] применительно к ситуации, в которой субъекты права получают доступ к пользованию благом фактически, в качестве следствия предоставления прав другим лицам[2]. Сам Иеринг полагал, что в данном случае наделения субъективными правами в техническом смысле нет[3].

Чтобы согласовать одно с другим, Иеринг предложил выделять в понятии субъективного частного права два элемента: один – субстанциальный (сам интерес, обеспечение пользования материальным или идеальным благом); второй – формальный (инициатива в защите интереса и возможности пользования материальным или идеальным благом должна принадлежать и закрепляться объективным правом за самим управомоченным)[4]. Иными словами, концепция субъективного права Иеринга сводится к доступу к благу, защищаемому эвентуальным правом на иск. Формальный критерий (эвентуальное право на защиту) позволяет отграничить субъективные права в техническом смысле от рефлексов права.

Но подобная двухэлементная конструкция порождает определённые теоретические трудности. По существу, Иеринг предлагает считать субъективным правом поведенческую возможность пользования благами, обеспеченную возможностью её юридической защиты по инициативе самого субъекта. С юридической точки зрения финальным тестом, который будет выявлять, есть в конкретном случае субъективное право или нет, будет наличие или отсутствие правомочия на защиту права, права на иск в материально-правовом смысле.Проблема, однако, в том и состоит, что часто неясно, принадлежит субъекту интереса право на иск или нет. Это в римском праве закрепление претором права на иск означало в переводе на современный язык то, что управомоченному принадлежит субъективное право. Современное право исходит из обратной последовательности: первично право, а иск вытекает из факта его приобретения. Соответственно, трудности и возникают в таких контекстах, когда неясно, принадлежит ли субъекту интереса право на иск, например в случае обязательства в пользу третьего лица, а также в уже упоминавшемся случае, в котором исполнение должником обязательства осуществляется третьему лицу. В таких и подобных случаях, чтобы понять, принадлежит ли

[1] См. об этом ниже.
[2] Wagner G. Rudolph von Jherings Theorie des subjektiven Rechts und der berechtigenden Reflexwirkungen // Archiv für die civilistische Praxis (AcP). 1993. Bd. 193. Heft 4. S. 319–347.
[3] Jhering R. von. Die Reflexwirkungen oder die Rückwirkung rechtlicher Thatsachen auf dritte Personen //Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts. 1871. Bd. 10. S. 245–354.
[4] Jhering R. von. Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. Teil 3, Bd. 1. S. 339.

субъекту интереса право на его защиту, необходимо установить, закреплено ли за ним субъективное частное право в техническом смысле.

В тех же случаях, когда право на иск предоставлено и закреплено за субъектом пользования благом (интереса) нормой права *expressis verbis*, субъективное право с юридико-догматических позиций редуцируется к эвентуальному праву на иск, поскольку понять, есть ли право, можно, только установив, предоставлено ли право на иск. Это мало чем отличается в конечном итоге от теории Августа Тона. Единственное отличие заключается в том, что Тон признавал пользование юридически иррелевантным, а Иеринг считает его конститутивным для понятия субъективного права[1]. Но поскольку понять, существует субъективное право или нет, можно исключительно путём установления принадлежности соответствующему субъекту права на иск, то этот момент и становится ключевым с догматической точки зрения. Попробуем подробнее проанализировать логику рассуждений Иеринга. Основной тезис заключается в том, что «материальный» элемент (интерес, возможность пользоваться определённым благом) важнее для понимания субъективного права, чем формальный момент (собственно правовая защита)[2]. Доказывается это прежде всего указанием на наличие в частном праве институтов, в которых предоставление субъекту доступа к определённому благу (возможности пользования) не предполагает одновременного предоставления ему же возможности осуществлять этот доступ своими юридически значимыми действиями. Иными словами, Иеринг указывает, что наличие признанного и защищаемого частным правом интереса не всегда одновременно означает наличие того, что классическая теория обычно описывает как «господство воли». Примером является правовое положение недееспособных в частном праве. Они могут обладать частными правами, могут пользоваться ими, но не в состоянии осуществлять «господство воли» в узком смысле слова, т.е. самостоятельно совершать юридически значимые действия относительно принадлежащих им прав[3].

Проблема, отмеченная Иерингом, действительно существует. С одной стороны, классическая теория частного права исходит из того, что недееспособные, безусловно, могут обладать субъективными правами. С другой стороны, очевидно и то, что недееспособные не могут совершать юридически значимые действия, связанные с закрепленными за ними субъективными правами. Недееспособность и означает неспособность приобретать и осуществлять права собственными действиями. Но это означает, что существо субъективного права не может заключаться в «господстве воли», поскольку есть категория субъектов, которые не могут юридически «господствовать», осуществлять юридически значимую волю по

[1] Thon A. Op. cit. S. 228–324.
[2] Jhering R. von. Ein Rechtsgutachten // Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts. 1880. Bd. 18. S. 82.
[3] Jhering R. von. Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. Teil 3, Bd. 1. S. 312.

причине того, что соответствующие лица просто не могут обладать (осуществлять) юридически значимой волей, но могут тем не менее обладать субъективными правами.

Вместе с тем в подобной логике рассуждений есть и заметный изъян, который не позволяет принять её. По существу, аргумент Иеринга сводится к следующему. В ситуации с наделением субъективными правами недееспособных мы имеем дело с двумя феноменами: во-первых, с юридически защищённым пользованием (интересом) недееспособного, который, однако, не в состоянии своими собственными действиями этот интерес осуществлять; во-вторых, с юридически значимыми действиями законного представителя недееспособного, который фактически осуществляет права, но исключительно в интересах представляемого недееспособного. Таким образом, интерес и воля, направленная на его реализацию, в данном случае разведены. И весь вопрос состоит в том, какую «половину» (интерес, возможность пользования благом или волю, способность совершать юридически значимые акты своими действиями) следует квалифицировать в качестве субъективного права. Иеринг полагает, что таковой следует считать интерес. В пользу этого взгляда приводится ссылка на то, что цивилистическая традиция всегда исходила из того, что права возникают непосредственно у недееспособного, несмотря на то что он своими действиями ни приобретать, ни осуществлять их не в состоянии. Кроме того, Иеринг отмечал важность интереса как единственного элемента, который позволяет объяснить цель предоставления защиты, связывает правовую форму и её социальную функцию.

На первый взгляд эта позиция выглядит привлекательной. Здесь нужно учитывать ещё одно немаловажное обстоятельство. Трактовать в качестве носителя субъективного права представителя, который осуществляет его от имени и в интересах недееспособного представляемого, гораздо меньше оснований, нежели рассматривать именно представляемого в качестве субъекта соответствующего права. Вряд ли осуществление представителем субъективного права, которое обычно выражается в совершении им юридически значимых действий, следует квалифицировать в качестве полноценного проявления «господства воли» самого представителя. Последний действует в интересах представляемого и поэтому ограничен в свободе усмотрения. По той же причине даже с точки зрения логики юридической конструкции, если не касаться социального измерения института гражданской правоспособности недееспособных, осуществление субъективного частного права действиями представителя не вполне соответствует классическому пониманию субъективного права в рамках волевой теории. Таким образом, логично предположить, что именно обладание (недееспособным) интересом и выступает конститутивной характеристикой субъективного права.

Проблема состоит в том, что далеко не всегда защита правом интереса означает наличие у

выгодоприобретателя субъективного права. Сам Иеринг отлично понимал это, поскольку именно он выделил так называемые рефлексы права как раз для описания ситуации, когда право предоставляет возможность пользования благом, но не наделяет (дееспособного) выгодоприобретателя возможностью своими действиями данный интерес реализовывать и защищать. В качестве примера Иеринг приводил случай, когда предприниматель получает выгоду от введения таможенных пошлин на продукцию его иностранных конкурентов[1]. Или, например, супруг лица, в пользу которого создан легат, косвенно может выиграть от этого, но вряд ли кто-то решится утверждать, что речь в данном случае может идти о субъективном праве.

Соответственно, сам Иеринг признавал, что существуют ситуации, в которых право предоставляет лицу возможность пользования благом и защищает его интерес, но при этом такое пользование и интерес не могут быть квалифицированы в качестве субъективного права в техническом смысле слова. Для того чтобы речь могла идти о субъективном праве, по мнению Иеринга, необходимо, чтобы инициатива в защите соответствующего интереса и возможности пользования благом принадлежала соответствующему частному лицу. Иными словами, без понятия «господства воли», пусть и в ограниченной мере, редуцирующей свободу усмотрения лишь сферой защиты права, не удаётся обойтись. И в этом состоит парадокс теории Иеринга. Это даже позволило современному исследователю проблемы утверждать, что теория Иеринга, строго говоря, не является чистой теорией интереса, а скорее представляет собой вариант комбинаторной теории, в которой критерий интереса соединяется с критерием воли[2].

Но подобный взгляд, решая проблему отграничения субъективных права от правовых рефлексов, вновь создаёт трудности для квалификации закрепления субъективных прав за недееспособными, которые, очевидно, также не могут реализовывать защиту принадлежащих им субъективных прав своими собственными действиями[3].

Таким образом, уже самый предварительный анализ выявил некоторую нестабильность двухэлементной модели субъективного права. С одной стороны, приоритет должен отдаваться категории интереса, потому что сама эта категория и была предложена Иерингом именно для решения проблемы недостаточности формального критерия господства воли. Но, с другой стороны, критерий интереса сам по себе не способен дать во всех случаях однозначный ответ на вопрос о наличии или отсутствии в конкретном случае субъективного права. Соответственно, его приходится дополнять волевым критерием.

---

[1] Jhering R. von. Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. Teil 3, Bd. 1. S. 328.
[2] Wagner G. Op. cit. S. 341.
[3] Это, кстати, хроническая проблема комбинаторных теорий. Выдвинутые, чтобы решить проблему, они лишь усугубляют её: поскольку оба критерия (воля и интерес) кумулируются, то и недостатки обеих теорий (волевой и интереса) также кумулируются.

Дело в том, что, несмотря на наличие в текстах Иеринга общего тезиса о том, что субъективное право неразрывно связано с понятием интереса и немыслимо без последнего, он делает целый ряд крайне существенных оговорок, которые ослабляют в весьма значительной мере силу этого общего тезиса[1].

В частности, Иеринг утверждает, что отсутствие формального элемента (права на защиту интереса) делает интерес недостаточно определенным понятием, чтобы только из одного его наличия делать вывод о наличии субъективного права. Помимо наличия права на защиту понятие интереса становится слишком нечетким и эфемерным, приобретает «газообразную форму»[2]. Более того, Иеринг прямо утверждает, что далеко не любая юридическая защита интереса автоматически должна быть квалифицирована в качестве наделения субъективным правом[3]. Иными словами, несмотря на тезис о том, что «право есть интерес», практически понять, существует субъективное право в конкретном случае или нет, можно лишь путем использования формального критерия, что применительно к частному праву означает наличие (или отсутствие) права на иск в материально-правовом смысле. Более того, Иеринг приводит в пример существовавшую в римском праве конструкцию *actio popularis* – ситуацию, в которой субъект наделялся возможностью предъявить иск в защиту общественного интереса, в пользу неопределенного круга лиц[4]. Наконец, Иеринг обсуждает соотношение материального и формального элементов понятия субъективного права и ставит вопрос: должен ли субъект специально доказывать в процессе наличие у него интереса, или же достаточно вытекающей из нормы объективного права формальной легитимации его в качестве лица, обладающего правом предъявлять иск? Иерингоднозначно разрешает этот вопрос в смысле безусловного приоритета формальной легитимации над наличием материального элемента (т.е. интереса)[5].

Таким образом, имеются некоторые основания для интерпретации теории интереса в духе приоритета формального элемента в понятии субъективного права над материальным. Теоретически можно предположить, что Иеринг выдвинул категорию интереса лишь в качестве основы понятия субъективного права, осознавая при этом его недостаточность и

---

[1] Необходимо отметить, что подобный риторический приём вообще крайне характерен для работ Иеринга в целом. Вначале в афористичной и часто весьма безапелляционной форме выдвигается тезис, а потом уже в спокойной манере, как бы между делом к этому тезису делается масса оговорок, которые часто нивелируют его содержание. Вероятнее всего, целевые аудитории тезиса и уточняющих оговорок различаются. Если общий тезис-афоризм (условно говоря, «право есть юридически защищённый интерес») адресуется широкой публике (которая читала работы Иеринга, особенно его публицистические произведения вроде «Борьбы за право»), то оговорки учитывают мнение профессионального сообщества, иммунизируя от неизбежных и очевидных возражений, которые возникнут у коллег при попытке анализа тезиса-афоризма.

[2] Jhering R. von. Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. Bd. 3. 5. Aufl. Leipzig: Breitkopf & Härtel, 1906. S. 354.

[3] Ibid. S. 351.

[4] Ibid. S. 355.

[5] Jhering R. von. Der Besitz // Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts. 1893. Bd. 32. S. 68.

скорректировав его в духе формального элемента. При подобном понимании субъективным правом будет не любой юридически защищённый интерес, а лишь такой, при котором заинтересованному лицу предоставляется право на защиту этого интереса по его собственному усмотрению. Соответственно, появляется возможность трактовки теории интереса как комбинаторной теории, в рамках которой объединены критерии интереса и воли. При этом господство воли понимается как усмотрение в вопросе защиты интереса, т.е. как право на иск в материально-правовом смысле[1].

Подобная конструкция, однако, как нетрудно предположить, наталкивается на ту же самую проблему, которая и рассматривается Иерингом как решающий аргумент в пользу отказа от волевой теории в пользу теории интереса, – возможность недееспособных приобретать частные права. Если субъективное право представляет собой интерес и наличие способности предъявить иск, то недееспособные не могут обладать субъективными правами, поскольку не в состоянии своими действиями защитить собственный интерес.

Применительно к недееспособным, как уже отмечалось, ситуация выглядит следующим образом: интерес принадлежит одному лицу (самому недееспособному), а его юридическая защита всегда осуществляется другим лицом (представителем). Это порождает дополнительные проблемы для теоретической квалификации рассматриваемого случая. Двухэлементная модель субъективного права распадается ровно на два составляющих его элемента, каждый из которых предполагает наличие собственного субъекта. Более того, получается, что как «интерес» может существовать без «воли» (недееспособные), так и «воля» вполне мыслима без «интереса» (представитель, осуществляющий своими действиями защиту чужого интереса).

С другой стороны, Иеринг не может позволить себе полностью отказаться от волевого критерия, который создаёт столько проблем для его теории. Без волевого критерия не окажется возможным отграничить субъективные права от рефлексов права. Теория рефлексов права предложена Иерингом и касается группы феноменов и ситуаций, в которых действия одного лица приводят к тому, что иное лицо получает некоторую выгоду, но они сами по себе не были направлены на этот эффект[2]. В качестве примеров из сферы частного права можно, например, указать на ситуацию, когда наследник по закону приобретает право на приобретение наследства вследствие отказа наследника по завещанию от принятия наследства. В рассматриваемом случае приобретение некоторого преимущества одним лицом(наследником по

[1] Wagner G. Op. cit.
[2] Jhering R. von. Die Reflexwirkungen oder die Rückwirkung rechtlicher Thatsachen auf dritte Personen // Jahrbücher für 1 die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts. 1871. Bd. 10. S. 245–354. В отечественной цивилистике хороший обзор теории рефлексов даёт Ю.С. Гамбаров. См.: Гамбаров Ю.С. Гражданское право. Общая часть. М. 2003, С. 397 -405.

закону) стало следствием действий другого лица (наследника по завещанию), которые не имели своей целью создать данное преимущество для первого лица. Скорее, приобретение преимущества стало фактическим внешним эффектом действия наследника по завещанию. Именно в этом смысл термина «рефлекс права», использованного Иерингом по аналогии с соответствующим понятием биологии[1]. Аналогия с биологическим рефлексом подчёркивает прежде всего бессознательный характер соответствующего эффекта,а также его проявление не в той области, в который он возник. Юридический рефлекс подобным же образом не является целью действия, которое его порождает (действие обычно направляется тем, кто его совершает, на другие цели), и возникает в чужой имущественной сфере как бы «случайно».

Основой эффекта правового рефлекса является общность интересов автора действия и выгодоприобретателя либо взаимная связанность этих интересов. Так, собственник верхнего этажа решил постелить ковер, ведущий от входа в дом к его квартире; очевидно, что пользоваться им автоматически сможет и собственник квартиры, расположенной на нижнем этаже, поскольку невозможно достичь того результата, который преследовал собственник квартиры на верхнем этаже, без того, чтобы у собственника квартиры на нижнем этаже не возникло фактическое преимущество.

При этом выгодоприобретатель в подобных случаях не может рассматриваться как управомоченный в смысле обладания субъективным правом на возникшее преимущество. В свойственной ему афористичной манере Иеринг называет выгодоприобретателя «паразитом права»[2]. Вместе с тем, полагает Иеринг, положение выгодоприобретателя рефлекса права отличается и от положения неосновательно обогатившегося, и от положения лица, в чью пользу осуществлено ведение дела без поручения. Различие с институтом неосновательного обогащения заключается в том, что обогащение выгодоприобретателя рефлекса права происходит не за счёт управомоченного лица. Различие же с институтом ведения дел без поручения состоит в том, что создатель рефлекса права действует исключительно в собственном, а не в чужом интересе, и получение выгоды выгодоприобретателем становится лишь ненамеренным следствием первого[3].

Обладает ли выгодоприобретатель интересом? Вероятно, да, если понимать категорию интереса так, как её понимал сам Иеринг, т.е. как отношение к благу. Рефлекс права и в самом деле обеспечивает выгодоприобретателю доступ к пользованию благом, т.е. буквально соответствует тому, как Иеринг понимал категорию интереса и её функцию. Но тем не менее

---

[1] Иеринг крайне часто прибегает к аналогиям из области естественных наук, прогресс которых в середине XIX в. сделал их стандартом научной рациональности. Вместе с тем, как это часто бывает у Иеринга, аналогии используются больше в метафорическом смысле, скорее направлены на усиление риторического эффекта его тезисов, что, впрочем, часто бывает весьма полезно и с сугубо эвристической точки зрения.

[2] Jhering R. von. Die Reflexwirkungen oder die Rückwirkung rechtlicher Thatsachen auf dritte Personen. S. 250.

[3] Ibid. S. 332.

Иеринг отказывается признать тождественность субъективного права и обладания интересом применительно к рефлексам права. Но чем же эта ситуация отличается от ситуации обладания субъективным правом со стороны недееспособного? Ведь и в последнем случае можно констатировать наличие интереса, но не воли, направленной на его реализацию. Между тем применительно к недееспособным одного интереса оказывается достаточно для обладания субъективным правом, а применительно к рефлексам права дело обстоит прямо противоположным образом.

Иеринг пытается найти различие в цели акта, что вполне согласуется с его социологической теорией. Применительно к рефлексам права в действиях субъекта, создавшего рефлекс, отсутствует цель обеспечить выгодоприобретателю доступ к благу. Напротив, удовлетворение интереса выгодоприобретателя, обеспечение ему возможности пользования выступает лишь как побочный эффект действия соответствующего субъекта, которое имело другую цель[1]. В случае же с правами недееспособных цель как раз и состоит в том, чтобы юридически обеспечить доступ недееспособного к пользованию благом.

Даже если абстрагироваться от того, что способом защиты интереса недееспособного является наделение правом на иск в материально-правовом смысле его представителя, возникает другой, гораздо более серьёзный вопрос. Предположим, что логика Иеринга состоит в том, чтобы разграничить понятия интереса применительно к двум сравниваемым случаям. Так, если применительно к недееспособным признание их интереса легитимным со стороны правопорядка даёт основания защищать этот интерес юридически (пусть и при помощи действий другого лица – представителя), то применительно к рефлексам права интерес не признаётся правом достаточным, почему выгодоприобретателю и не предоставляется соответствующая юридическая защита в виде права на иск в материально-правовом смысле. В таком случае получается, чт.е. два вида интересов (легитимный и нелегитимный) и далеко не каждый из них автоматически приводит к признанию за его обладателем субъективного права. Иными словами, нужен ещё какой-то дополнительный критерий разграничения «правильных» и «неправильных» интересов. Формальный критерий (право на иск в материально-правовом смысле) и был введён Иерингом, чтобы облегчить эту задачу. Соответственно, в тех случаях, когда право на иск явно вытекает из норм права, проблемы не существует, и можно ориентироваться сугубо на формальный критерий, а проблему интереса игнорировать. Но что делать в тех случаях, когда ясность относительно предоставления права на иск в материально-правовом смысле отсутствует?

Наконец, существуют ситуации, в которых трудно говорить об отсутствии цели обеспечить доступ выгодоприобретателя к пользованию благом, но при этом они, по всей вероятности,

[1] Ibid. S. 288.

должны квалифицироваться как рефлексы права. Возьмём, например, обязательство, исполнение по которому осуществляется не кредитору, а третьему лицу, которое при этом не является обязательством в пользу третьего лица в строгом смысле слова. Здесь третье лицо просто получает фактическую возможность пользоваться благом, не имеет права требовать его предоставления в свою пользу, но эта возможность создана для выгодоприобретателя сознательно, т.е. данный акт имел соответствующую цель. Иными словами, критерий цели предоставления (или её отсутствия) в данном случае неприменим. Соответственно, единственное, что остаётся практически, – это ориентироваться на формальный критерий предоставления права на иск в материально-правовом смысле, когда такое право предоставляется. В тех же случаях, когда относительно предоставления права на иск существует неопределённость, ситуация выглядит безвыходной: одного лишь понятия интереса или цели, как мы убедились, для квалификации того или иного явления в качестве субъективного права недостаточно. Возникает парадокс: с одной стороны, как мы постарались показать выше, формальный критерий необходим для более чёткого отделения понятия субъективного права от сходных феноменов, но, с другой стороны, и его применение далеко не всегда приводит к успеху. И ровно таким же образом ситуация обстоит с материальным критерием.

Ещё один крайне интересный вопрос, который требует анализа в связи с трактовкой права на иск в материально-правовом смысле у Иеринга, касается трактовки собственно права на иск как волевого (формального) критерия. Более конкретно, не совсем ясно, по какой причине Иеринг формальный критерий (волю) редуцирует исключительно к праву на иск. Ведь, как продемонстрировал Б. Виндшайд, критерий господства воли гораздо шире, нежели право на иск (по крайней мере это относится к современным частноправовым системам)[1]. Редукционизм (сведение критерия господства воли к свободе усмотрения относительно защиты права) мог быть оправдан применительно к римскому и средневековому праву, в котором, действительно, предоставление защиты зависло от того, признавался ли соответствующий иск[2]. В условиях, когда *numerus clausus* исков, средств защиты легитимных интересов отсутствует, идея редуцировать господство воли управомоченного к свободе усмотрения относительно защиты этого интереса выглядит странной.

Тем не менее можно сказать, что Иеринг в данном случае заложил некоторую традицию узкой трактовки критерия господства воли, которая противостоит более широкой его интерпретации,

[1] Подробнее о точке зрения Виндшайда см.: Третьяков С.В. Категория субъективного права и особенности действия принципа диспозитивности в классической пандектистике // Вестник гражданского права. 2019. Т. 19. № 4. С. 22–50.

[2] Kaufmann H. Zur Geschichte des aktionenrechtlichen Denkens // JuristenZeitung (JZ). 1964. Nr. 15/16.S. 482–489.

опирающейся на теорию Виндшайда. И необходимо отметить, что эта узкая трактовка волевого элемента имела в дальнейшей литературе по теории субъективного права большой успех, что делает обязательным анализ соответствующих воззрений её автора. Представляется, что ключ к пониманию редукционизма Иеринга даёт его небольшой публицистический текст, который, вероятнее всего, следует считать самым известным в мире произведением Иеринга. Речь идёт о небольшой работе, своеобразном публицистическом памфлете «Борьба за право»[1].

Основной тезис этого текста заключается в том, что именно активность субъектов частного права в защите интересов, которые они считают важными для себя, является мотором развития частного права и социума в целом. Иерин отвергает «инкрементalистскую» модель эволюции частноправовых и социальных институтов, которую отстаивали Савиньи и Пухта. Не эволюция, постепенный гармоничный рост и развитие правовых институтов, часто бесконфликтный, как, по мнению Иеринга, полагали теоретики исторической школы права, а именно конфликт, противостояние являются движущей силой развития частного права. Именно через конфликт, в котором проявляется максимально активная позиция субъектов, частное право прогрессирует. Естественно считать, что именно активные действия лица по защите нарушенного интереса оказываются частноправовым эквивалентом «борьбы за право». Ну а поскольку в современном праве существует государственная монополия на принуждение, то процессуальная форма защиты права (прежде всего исковая) становится центром «борьбы за право». Именно по этой причине критерий «господства воли» можно редуцировать к праву на иск в материально-правовом смысле. Основной ареной проявления активности субъекта, автономии воли будет именно конфликтная фаза развития соответствующего правоотношения. Именно здесь формируется новое право, а существующее приобретает реальное измерение. Именно здесь в наибольшей мере проявляется самоопределение личности, которое трактуется прежде всего как «самоопределение через конфликт». Более того, активность посредством защиты права является общественно полезным феноменом в том смысле, что отстаивание собственных легитимных интересов со стороны субъектов способствует укреплению правопорядка. В этом понимании «борьба за право», самоопределение через конфликт является не только правом, но и обязанностью субъектов частного права[2]. Таким образом в самом общем виде можно интерпретировать логику редукционизма Иеринга.

Помимо этого, необходимо принимать во внимание общий контекст взглядов Иеринга на право, ключевым свойством которого он считал именно принудительную осуществимость, о чём мы уже говорили и что получило наибольшее выражение в первом томе «Цели в праве». Если

[1] Иеринг Р. фон. Борьба за право // Иеринг Р. фон. Избранные труды. Т. 1. СПб.: Юрид. центр Пресс, 2006.
[2] Иеринг Р. фон. Борьба за право. С. 16.

право в принципе отличается от иных социальных регуляторов тем, что оно снабжено государственным принуждением, то логично и применительно к категории субъективного права найти тот контекст, где индивидуальная воля и государственное принуждение пересекаются, и сделать именно эту точку пересечения основой теории субъективного права. А пересекаются они именно в праве на иск в материально-правом смысле, которое является, по существу, свободой субъекта привести в действие государственно-принудительный механизм.

Очевидная проблема рассматриваемого взгляда на конфликт как движущую силу частного права и (прежде всего) юрисдикционную форму осуществления частного права как наиболее важное проявление принципа автономии воли заключается в том, что подобная точка зрения приемлема исключительно в том случае, если нарушение права носит бесспорный характер. В самом деле, только если в конфликте участвуют, с одной стороны, очевидный управомоченный, интерес которого подвергся умалению, а с другой стороны, очевидный нарушитель, активность управомоченного в (юрисдикционном) конфликте можно рассматривать в качестве реализации принципа автономии и даже придавать ей некоторую положительную этическую и социальную окраску. Иеринг сам указывает на это обстоятельство: «Не всякое неправо есть произвол, т.е. покушение на идею права. Владелец моей вещи, считающий себя собственником её, отрицает в моём лице не идею собственности, напротив, он призывает её на защиту самого себя; спор между нами идёт только о том, кто является собственником. Вор же и грабитель становятся вне собственности, они отрицают в моей собственности в то же время идею последней и вместе с тем существенное условие моей личности. Представьте их образ действий общепризнанным, и тогда собственность подвергнется отрицанию как на практике, так и в принципе. Поэтому их деяние содержит посягательство не только на мою вещь, но и в то же время на мою личность, и если защищать последнюю составляет мою обязанность, то она распространяется и на ограждение тех условий, без которых личность не может существовать, – в своей собственности подвергшийся нападению защищает самого себя, свою личность»[1].

Проблема состоит в том, что применительно к частному праву разграничить эти две ситуации оказывается довольно сложно. Частноправовые отношения могут в момент своего формирования страдать неопределённостью, когда неясно, каким образом стороны решили бы тот или иной вопрос, потому что он просто не приходил им тогда в голову, а возник позднее[2]. Иными словами, в подавляющем большинстве случаев в момент конфликта неясно, кто действует правомерно, а кто – явно противоправно. А раз явной противоправности нет, то и каждая из сторон субъективно может считать свою позицию правовой, и *prima facie* нет

[1] Иеринг Р. фон. Борьба за право. С. 36–37.
[2] Bucher E. Gegen Jherings «Kampf um's Recht». Was die Privatrechtler aus unsinniger These lernen können // Gauchs Welt: Festschrift für Peter Gauch zum 65. Geburtstag / Hrsg. von P. Tercier, M. Amstutz, A. Koller, J. Schmid, H. Stöckli. Zürich: Schulthess, 2004. S. 52.

никаких оснований придавать конфликту и поведению сторон в рамках конфликта этическую окраску и на этом основании рассматривать (юрисдикционный) конфликт как самое важное проявление «господства воли».

Более того, тезис о (частичной) неопределённости частноправовых взаимоотношений субъектов в момент их формирования обладает ещё одним, едва ли не более важным измерением. В частном праве в подавляющем большинстве случаев окончательная конкретизация юридических взаимоотношений сторон происходит не на стадии формирования, а на стадии (внепроцессуального) осуществления гражданских прав, поскольку содержание юридического императива (в большинстве случаев – правовой обязанности) окончательно конкретизируется в момент, когда управомоченное лицо принимает решение потребовать его исполнения. Дело в том, что принцип диспозитивности частного права предполагает свободу не только формирования, но и осуществления гражданских прав. Соответственно, от решения управомоченного осуществлять, осуществлять в полной мере или частично либо вообще не осуществлять принадлежащее ему право в конечном счёте зависит то, нужно (пассивному субъекту) исполнять юридический императив или нет, и если да, то в каком объёме[1].

При этом необходимо иметь в виду, что подразумеваются внепроцессуальные формы осуществления права. В рассматриваемых случаях речь не идёт о защите права и часто даже нет никакого конфликта. Это значит, что стадия осуществления права как инстанция реализации принципа диспозитивности гораздо важнее стадии юрисдикционной защиты права, поскольку именно в стадии осуществления права, а не в процессе чаще всего окончательно конкретизируется содержание частноправовых отношений субъектов. Более того, именно свобода усмотрения в области осуществления права является гораздо более ярким и характерным выражением принципа диспозитивности, чем юрисдикционная защита права[2]. Разумеется, и на стадии юрисдикционной защиты проявляются элементы диспозитивности (отказ от иска (полностью или в части), отказ требовать принудительного исполнения вынесенного против должника судебного решения и т. п.). Однако дело в большинстве случаев вообще не доходит до предъявления иска, а вот представить себе исполнение обязанности без решения управомоченного об осуществлении субъективного права можно гораздо реже.

Единственным убедительным аргументом в пользу права на защиту как основной инстанции господства воли, на мой взгляд, является отмеченная выше совершенно разная степень и интенсивность проявления индивидуальной воли в различных типах субъективных частных прав. Именно это различие, собственно, и привело к кризису классической волевой теории субъективного права. Но именно данный аргумент, по крайней мере в полной мере,

[1] Bucher E. Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis. Tübingen: Mohr Siebeck, 1965.
[2] Hart H.L.A. Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Theory. Oxford: Oxford University Press,1982. P. 184.

Иеринг и не использует![1] Таким образом, несмотря на то что Иеринг одним из первых отождествил волевой критерий со свободой усмотрения относительно осуществления права на защиту, он сделал это без подробного догматического обоснования, ограничившись некоторыми отдельными мыслями относительно социологии конфликта. Между тем впоследствии (а в некоторых случаях и параллельно с появлением работ Иеринга) идея интерпретации волевого критерия посредством права на иск в материально-правовом смысле найдёт солидное догматическое обоснование в работах А. Тона и Г. Кельзена.

Ещё одной крайне болезненной проблемой теории субъективного частного права Иеринга становится неопределённость самого понятия интереса. Оно обладает исключительной многозначностью, в этом смысле отличаясь от многозначного понятия воли в худшую, а не в лучшую сторону. Обратимся опять-таки к анализу того, как сам Иеринг предлагал понимать категорию интереса. Для определения этого понятия Иеринг предложил интересный семантический ряд из четырёх категорий: «благо», «ценность», «пользование» и «интерес»[2]. Благо понимается максимально широко – как любой объект, способный удовлетворить потребность субъекта. Ценность выражает масштаб для определения этой способности блага удовлетворять потребности. Интерес же, по мысли Иеринга, должен трактоваться как особое отношение ценности к целям конкретного субъекта. Так, одно и то же благо может обладать или не обладать интересом для конкретного субъекта[3].

Наконец, пристального внимания заслуживает четвёртый элемент этого семантического ряда – пользование. Иеринг полагает, что пользованием следует называть все случаи предоставления интересу юридической защиты[4]. Пользование с этой точки зрения означает предоставление частным правом субъекту доступа к благу, в получении которого он заинтересован. Именно пользование и составляет в конечном счёте субстрат любой признаваемой правом юридической возможности определённого поведения. «Пользование правом», по мнению Иеринга, является более узким понятием, нежели «осуществление права», которое включает помимо пользования ещё и защиту права[5]. Тем не менее Иеринг трактует понятие пользования правом в высшей степени широко. Это связано с тем, что ему во чтобы то ни стало требуется доказать, что именно пользование (трактуемое как юридическое обеспечение интереса, доступа субъекта к благу) составляет субстрат любого субъективного права, причём сделать это необходимо в условиях, когда интерес не получается провозгласить единственным критерием субъективного

[1] Хотя тот «основной кейс», который Иеринг использует в пользу теории интереса в третьем томе «Духа римского права» – субъективные права недееспособных, может рассматриваться как проявление этого аргумента.
[2] Jhering R. von. Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. Teil 3, Bd. 1. S. 317.
[3] Ibid. S. 319.
[4] Ibid. S. 322.
[5] Ibid. S. 322.

права, о чём говорилось выше. В таких условиях, чтобы «спасти» тезис о ключевой роли категории интереса в конструкции субъективного права, остаётся максимально расширить понятие пользования правом. В подобном случае основополагающий характер категории интереса (через её связь с категорией пользования правом) будет очевидной даже несмотря на наличие серьёзных контраргументов, которые приводились выше.

По этой причине понятие пользования правом у Иеринга включает практически *любые* правовые возможности, за исключением правомочия на защиту (право на иск в материально-правовом смысле). Так, отчуждение вещи по договору купли-продажи рассматривается как разновидность «пользования ценностью» блага[1]. Подобная трактовка классической отчуждательной сделки, следствием которой обычно является распоряжение правом, вызывает удивление. Но Иеринг не останавливается и на этом и квалифицирует сами распорядительные действия как разновидность пользования правом. Распоряжение (за исключением отказа от права собственности) представляет собой «выбор модальности пользования»[2].

Логику рассуждений автора можно реконструировать следующим образом. Право существует не само по себе, а для удовлетворения материальных и идеальных потребностей отдельных индивидов и общества в целом. Следовательно, если интересы как их артикулированное выражение выступают точкой отсчёта, то субстратом права (как объективного, так и субъективного) будет являться то, ради чего правовой механизм вообще существует, т.е. как раз возможность пользоваться благами, потреблять ценности и удовлетворять интересы. При этом модальности пользования, которое обеспечивает частноправовой механизм, могут быть различными. В некоторых случаях, как, например, в личных неимущественных правах, субъективное право непосредственно обеспечивает возможность пользоваться соответствующим (неимущественным) благом. В случае вещных прав доступ к пользованию благом (как правило, индивидуально-определённой вещью) в большинстве случаев предполагает совершение управомоченным определённых действий. При этом указанные действия могут иметь как фактический характер (извлечение полезных свойств из вещи – объекта права собственности), так и юридический («пользование ценностью» вещи, например, путём сдачи объекта внаём или даже отчуждения по договору купли-продажи)[3].

Эти рассуждения напоминают скорее социологический анализ, а не юридическую квалификацию. Столь широкую «социологическую» трактовку частноправовых институтов можно объяснить в первую очередь в контексте роста интереса Иеринга к использованию социологических объяснительных моделей в частном праве, который наметился как раз в период окончания им работы над первой частью третьего тома «Духа римского права» и

[1] Jhering R. von. Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. Teil 3, Bd. 1. S. 325.
[2] Ibid. S. 326.
[3] Ibidem.

перехода к исследованию «Цель в праве». Собственно, как Иеринг сам отмечает в начале первого тома «Цели в праве», именно исследование социальной обусловленности категории субъективного права заставило его приостановить работу над «Духом римского права», чтобы глубже изучить и понять проблему социальной природы права[1].

Основная идея «Цели в праве» состояла в понимании и теоретической артикуляции механизма социальной координации, и прежде всего роли принуждения в обеспечении координации поведения субъектов. В первом томе «Цели в праве» исследуется социальная координация двух типов: добровольная, «договорная», когда взаимный эгоистический интерес субъектов обеспечивает возможность их сотрудничества, и социальная координация с помощью государственного принуждения, которая применяется тогда, когда эгоизм частных лиц не обеспечивает социального сотрудничества и необходим ещё дополнительный стимул, мотив «кооперативного» поведения, который и составляет угроза государственного принуждения или применение государственного принуждения. Именно этот последний механизм «мотивации» Иеринг и считает правовым[2].

Категория же цели, по мнению Иеринга, связывает социальную реальность (потребность социальной координации) и правовые формы её опосредования. Частные субъекты, преследуя эгоистические цели, вступают во взаимовыгодные (частноправовые) отношения и таким образом достигают реализации собственных интересов, которые одновременно выражают и общественный интерес («невидимая рука рынка» А. Смита и «хитрость разума» Г. Гегеля). В тех же случаях, когда эгоистических мотивов для реализации целей и удовлетворения интересов не хватает, для дополнительной мотивации используется государственное принуждение. При таком понимании, вероятно, различные виды потребностей следует трактовать юридически как цели.

В пользу этой версии интерпретации текстов Иеринга говорит, в частности, классификация частноправовых институтов «по видам пользования», впервые получившая выражение в третьем томе «Духа римского права» и воспроизведенная в первом томе «Цели в праве»[3]. Вероятнее всего, Иеринг считал, что цель – это и есть различные виды «пользования» (юридического обеспечения доступа субъекта к интересующему его благу). Частное право «распознает» такие цели как различные виды «пользования», которые необходимо обеспечить либо путём предоставления возможности добровольной координации взаимовыгодного поведения эгоистов, либо путём создания при помощи государственного принуждения

[1] Иеринг Р. фон. Цель в праве. Т. I. СПб., Издательство Н.В. Муравьева, 1881. С. I–VII (предисловие).
[2] Во втором томе «Цели в праве» Иеринг добавил к двум основным стимулам, которые исследовал в первом томе, ещё и моральные регуляторы, которые он не считал возможным сводить к эгоизму или (государственному) принуждению (см.*: Jhering R. von.* Zweck im Recht. Bd. II. 3. Aufl. Leipzig: Breitkopf & Härtel,1898).
[3] Иеринг Р. фон. Цель в праве. С. 74–177 (гл. VII).

дополнительных мотивов «против эгоизма», если он мешает социальной координации. В итоге понятие пользования у Иеринга можно интерпретировать как экономико-юридическую категорию, способ «перевода» социальной реальности (потребностей и мотивов) на язык права (целей и интересов). Другими словами, Иеринг смотрел на данное понятие не как цивилист, а как социолог (права). На макросоциологическом уровне столь широкая трактовка понятия пользования может быть оправданной.

Конечно, с точки зрения социолога или экономиста, можно рассматривать распоряжение как разновидность пользования «экономической ценностью объекта». Проблема, однако, состоит в том, что цивилиста такой «импрессионистский анализ» вряд ли способен удовлетворить. Объект как материальный субстрат и объект как денежная оценка его экономической ценности не могут отождествляться хотя бы потому, что у них совершенно различные правовые режимы.

В самом деле, если задача частного права и состоит в том, чтобы обеспечить доступ субъектов к контролю над объектами, то очевидно, что защита (обеспечения контроля или доступа субъекта к объекту) разных видов объектов в силу их физических и социальных свойств требует использования различных юридических техник обеспечения такого контроля. На этом и базируются все основные классификации частных прав (вещные, обязательственные, исключительные и корпоративные права имеют различные объекты, контроль над которыми обеспечивается по-разному). Поэтому трактовать отчуждение индивидуально-определённой вещи как разновидность пользования её экономической ценностью не имеет для цивилиста никакого смысла.

Из того социологического факта, что правовая защита предоставляется в конечном счёте не ради самой себя, а для обеспечения возможности удовлетворения субъектами своих потребностей и интересов, не следует, что юридическая техника, с помощью которой такая защита обеспечивается, не имеет значения для юриста. Как раз напротив, цивилиста в большей мере интересует именно юридическая техника. По этой причине цивилисты всё же с полным основанием склонны разграничивать пользование и распоряжение правами. Распорядительный эффект обеспечивается с точки зрения юридической конструкции совершенно иначе, нежели пользование правом. Для обеспечения последнего правомочия необходимо прежде всего установить общий запрет всем другим лицам (кроме управомоченного) пользоваться объектом. Конструкция же распоряжения предполагает иной механизм защиты управомоченного – связанность всех других лиц относительно акта распоряжения правом. Юридическая связанность в данном контексте означает то, что правовое положение этих субъектов изменяется, поскольку изменяется фигура управомоченного, причём изменение это происходит *помимо воли «*связанного» субъекта.

«Помимо воли» в данном случае означает не просто то, что пассивный субъект должен что-то совершить или воздержаться от совершения определённых действий для того, чтобы соответствующий юридический эффект был достигнут, а то, что он не в состоянии юридически помешать наступлению соответствующего правового результата. Вторая дополнительная юридическая техника здесь состоит в признании юридической ирревантности актов распоряжения правом всех иных лиц, помимо самого управомоченного.

Кроме того, юридическая конструкция распорядительного акта напрямую зависит от вида и свойств объекта распоряжения. Соответственно, различаются способы передачи контроля над индивидуально-определённой вещью и правом требования. Это различие определяется свойствами объекта. Проще говоря, контроль над экономическим активом в виде материальной индивидуально-определённой вещью и контроль над активом в виде права требования невозможно установить при помощи одной и той же юридической техники. То же самое с обеспечением доступа к пользованию разными типами объектов частного права и извлечению из них полезных свойств.

Естественно, на гражданско-правовой режим объектов влияют и экономические, и социальные цели регулирования. Но для этого необходимо учитывать, что цели «переводятся» в специфические юридические техники, иначе они просто не могут быть достигнуты. Право определённым образом реагирует на различия в интересах и целях, формируя разные правовые конструкции для их опосредования. Но из того, что частное право социально обусловлено, не следует, что экономические и социологические категории просто «транслируются» в правовую систему, как это вытекает из рассуждений Иеринга.

Ещё один используемый Иерингом аргумент тесно связан с его специфической трактовкой пользования правами. Более фундаментальный для права характер правомочия пользования по сравнению, например, с правомочием распоряжения доказывается ссылкой на существование субъективных прав, которые не являются распоряжаемыми (личные права). Раз так, полагает Иеринг, то могут существовать нераспоряжаемые субъективные права, но субъективных прав без предоставления пользования правом быть не может[1].

Прежде всего можно указать некоторые разновидности субъективных прав, которые не предоставляют управомоченному возможности пользования своим объектом, например залог. Можно, конечно, принять крайне широкую трактовку понятия пользования и рассматривать залоговое право как разновидность права «пользования ценностью» вещи. Подобная конструкция выглядит крайне спорной и представляет собой, скорее, метафору, которые так любил Иеринг и которые зачастую заменяют у него строгий юридический анализ.

Но даже если согласиться с этим последним широким толкованием понятия пользования

[1] Jhering R. von. Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. Teil 3, Bd. 1.S. 327.

правом, тезис о первичности пользования по сравнению с распоряжением выглядит неубедительным. Проблема состоит в том, что и понятие распоряжения можно трактовать и в узком, и в широком смысле[1]. Если понимать распоряжаемость правом в смысле способности принять решение относительно его юридической судьбы, то осуществление права, как и отказ от его осуществления, а также его защита[2] (путём предъявления иска) могут рассматриваться как инстанции распоряжения правом[3]. Тогда даже личные неимущественные права (самый спорный случай) могут рассматриваться как распоряжаемые, хотя и подразумевающие наличие у управомоченного лишь сравнительно узкого круга распорядительных возможностей. Но и в этом случае важнейшее проявление принципа диспозитивности – инициатива в защите (личного) права – является неотъемлемым атрибутом данного права.

При такой широкой трактовке распоряжения именно последнее понятие становится субстратом категории субъективного права. Собственно, сам Иеринг косвенно признает это, выдвигая право на иск в качестве одного из двух критериев наличия субъективного права.

Иначе говоря, всё в конечном итоге зависит от того, какое понимание пользования и распоряжения положить в основу соответствующей концепции субъективного права. Но и широкое понимание пользования (как, впрочем, и широкое понимание распоряжения) требует специального подробного обоснования, которого тексты Иеринга не содержат. Иеринг ограничивается лишь тем, что предлагает широкую трактовку пользования, в которой даже большинство распорядительных действий являются его инстанциями, и на этой основе «доказывает» первичность пользования. Естественно, если пользование – это практически любые правомочия, включая большую часть распорядительных действий, то субъективное право, которое состоит из правомочий, можно будет рассматривать как «пользование». Вопрос лишь в том, на каком основании мы трактуем категорию пользования столь широко и какие аргументы можно привести в пользу такой трактовки. В итоге всё в очередной раз сводится к тезису о том, что право «в конечном счёте» существует ради удовлетворения потребностей и интересов. Мы уже прокомментировали этот тезис выше. Да и Иерингу, как мы постарались показать выше, не удалось вывести право непосредственно из понятия интереса, не прибегая к использованию формального юридического критерия. Таким образом, попытку доказать приоритет категории интереса путём чрезмерного расширения объёма понятия пользования

---

[1] Третьяков С.В. О проблеме догматической квалификации «правомочия распоряжения» // Основные проблемы частного права: Сборник статей к юбилею доктора юридических наук, профессора Александра Львовича Маковского / Отв. ред. В. В. Витрянский, Е. А. Суханов. М.: Статут, 2010. С. 317–345.

[2] Третьяков С.В. Право на чужое поведение и право на защиту // Вестник гражданского права. 2019. Т. 19. № 3. С. 7–36.

[3] Третьяков С.В. Распоряжение правом на чужое поведение: юридическая природа и догматическая квалификация // Вестник гражданского права. 2019. Т. 19. № 2. С. 7–26.

правами вряд ли можно считать успешной.

Остаётся ещё одно крайне важное соображение, касающееся, собственно, взглядов Иеринга на социальную обусловленность права. Идея Иеринга здесь, вероятно, сводилась к следующему. Существуют материальные и идеальные блага, за доступ к которым борются субъекты. Субъекты обладают потребностями, которые они желают удовлетворять. Интерес означает направленность, связь определённого субъекта с определённым благом. Не случайно в буквальном переводе с латыни «interesse» означает «быть между». От потребности интерес отличается именно этой конкретной направленностью на тот или иной объект, обеспечивающей высокую степень определённости, индивидуализирующей отношение субъекта к объекту. От желания или стремления интерес отличается высокой степенью осознанности потребности и способностью её рационально артикулировать. Интересы различных субъектов обречены постоянно коллидировать, сталкиваться друг с другом, поскольку потребности разных людей часто совпадают и направлены на одни и те же объекты. Задача права, по Иерингу, в том и заключается, чтобы эти интересы разграничивать путём разрешения конфликтов интересов. Каждый из интересов заслуживает в той или иной степени учёта и внимания, но какой-то из них должен быть защищён, а какой-то – нет или не в полной мере. Основная функция правопорядка в рамках подобного правопонимания заключается в *постоянном поиске и определении баланса интересов различных субъектов частного права*.

Но тут-то и обнаруживается та проблема теории субъективного частного права Иеринга, которую я рассматриваю как основную, фундаментальную. Зачем вообще использовать категорию субъективного частного права в рамках так понимаемого правопорядка? Прежде всего поиск баланса интересов субъектов частного права должен осуществляться на основе некоторых критериев, причём не только объективных, но и социальных, а не индивидуальных. Проще говоря, если мы сравниваем интерес собственника в контроле за принадлежащим ему объектом и интерес добросовестного приобретателя той же вещи от неуправомоченного отчуждателя в стабильности и предвидимости, то *prima facie оба интереса выглядят легитимными*. Задача правопорядка в данном случае – найти *объективный* критерий, в соответствии с которым должна разрешаться такая коллизия интересов. При этом объективный критерий должен обнаружить некоторый оптимум, «золотую середину», которая бы отражала оба интереса в той или иной мере. Очевидно, что речь идёт о том, какое из решений больше соответствует интересам данного общества в целом. Это неизбежно вытекает из того факта, что каждый из индивидуальных интересов субъективен в том смысле, что выражает только свой взгляд на проблему и потребности. Потому объективный критерий баланса интересов не может непосредственно вытекать исключительно из субъективных интересов каждого из субъектов, поскольку они несовместимы друг с другом.

Соответственно, остаётся лишь положить в основу такогобаланса интерес общества в целом.

Не касаясь даже вопроса о том, что понятие общественного (публичного) интереса крайне спорно само по себе и, по мнению многих авторитетных исследователей, представляет собой манипулируемое организованными группами интересов[1] пустое множество[2], отметим лишь то, что касается исключительно влияния этого понятия на теорию субъективного частного права. Если функция правопорядка сводится к постоянной балансировке коллидирующих частных интересов, каждый из которых признаётся легитимным в определённой мере, то функционал категории субъективного частного права исчезает. Субъективное частное право в его классическом понимании предполагает, что доступ к благу, закреплённому за его субъектом, *гарантирован* ему правопорядком. Логика же поиска баланса интересов предполагает, что ничего заранее никому не гарантировано, все распределения благ между различными субъектами носят в известной мере *предварительный характер*. Иными словами, признаваемый правом интерес не обеспечивает его субъекту исключительности соответствующей поведенческой возможности. Пока вы признаётесь собственником земельного участка, но может случиться так, что его у вас изымут в связи с необходимостью провести через него транспортную магистраль, имеющую общественное значение. Значит, ваше право собственности всегда условно.

Вот и возникает в связи с этим вопрос, а не следует ли вообще отказаться от использования категории субъективного права в рамках инструменталистского типа правопонимания, который проповедовал Иеринг? Данное правопонимание предполагает, что правопорядок при помощи норм объективного права (а чаще правоприменитель в процессе их применения) балансирует интересы различных субъектов, нащупывая компромисс, оптимальное решение. В такой системе все интересы важны, но все они приобретают юридическое значение исключительно как результат сложного процесса балансировки. Мы можем, конечно, назвать данные интересы субъективными правами, но это уже будет принципиально иное понимание субъективного права, чем это имело место ранее. А самое главное, неясно, зачем сохранять отягощённую классическими коннотациями категорию субъективного права для описания коллидирующих интересов, если такие коннотации напрямую противоречат новому пониманию. Да и в принципе инструменталистское правопонимание ориентируется на объективное право, рассматривая норму права как инструмент балансировки частных интересов ради общественного блага. Тем не менее Иеринг не считал категорию субъективного частного права избыточной. Почему?

Чтобы ответить на этот крайне интересный вопрос, необходимо вспомнить исторический и

---

[1] Mueller D.C. Public Choice III. 3rd ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

[2] Arrow K.J. Social Choice and Individual Values. 3rd ed. New Haven: London: Yale University Press, 2012.

социокультурный контекст возникновения теории Иеринга. Если предельно кратко и грубо сформулировать роль последнего в германской правовой традиции в целом и германской теории частного права в особенности, то можно сказать следующее. Иеринг привил германскому теоретическую мышлению то, что ему было не свойственно совсем, – элемент *утилитаризма и прагматизма*. Утилитаризм в психологии и этике противостоит деонтологическим этическим теориям. Именно последние всегда доминировали в Германии, в то время как утилитаризм даже не рассматривался в качестве серьёзной альтернативы. Иерингу удалось довольно радикально изменить данное положение. Однако за это пришлось заплатить свою цену. Прежде всего в подобных условиях любая попытка имплементации абсолютно чуждой данной культуре этической и правовой доктрины неизбежно должнапредставлять собой гибрид старого и нового. Чтобы быть успешной, она должна объяснять новые и чужие концепции на языке, понятном соответствующему социуму. И она должна быть достаточно простой и риторически убедительной.

Вот в этом, на мой взгляд, и кроется основной нерв всей теории Иеринга. Фигура субъективного права имманентна германскому способу мыслить частное право. Это имеет место до сих пор, несмотря на огромные усилия, которые приложили скептики для её тотального разрушения. Иеринг хотел не подрыва всей либеральной правовой традиции, как Карл Шмитт, а адаптации германского частного права к изменившимся условиям. В полном соответствии с этой прагматической интенцией он использовал тот материал, который был под рукой и который невозможно был просто так игнорировать. Кроме того, и сам Иеринг в свете своей собственной, крайне противоречивой научной биографии представляет собой фигуру перехода от классики к модерну. Отсюда бесконечные противоречия между разными его сочинениями. Отсюда то, что он не завершил полностью ни один из своих исследовательских проектов. Отсюда то, что новые феномены выражаются в старом словаре. Отсюда то, что понятия не обладают должной чёткостью и когерентностью. Но всё это не делает его менее значимой фигурой, оказавшей величайшее влияние на германскую и глобальную правовую культуру.

В интересующем нас здесь аспекте можно сказать, что Иеринг представляет собой важного интерпретатора и популяризатора идей Бентама на германской почве[1]. Чтобы расшифровать этот тезис, необходимо обратиться к существу утилитаристской доктрины. Утилитаризм базируется на трёх основополагающих принципах. Первый из них можно обозначить как психологический утилитаризм. В соответствии с ним, люди стремятся к

[1] Влияние британского утилитаризма на Иеринга признаётся в литературе (см.: Coing H. Benthams Bedeutung für die Entwicklung der Interessenjurisprudenz und der allgemeinen Rechtslehre // Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie / Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy. 1968. Vol. 54. No. 1. P. 69–88). В то же время некоторые авторы более осторожны в оценке влияния британского утилитаризма на Иеринга (см.: Pleister W. Op. cit. S. 397).

счастью, которое трактуется Бентамом как удовольствие. Бентам полагал, что вся человеческая жизнь проходит под влиянием двух «суверенов»: удовольствия и боли[1]. Соответственно, человек стремится увеличить (максимизировать) удовольствие и уменьшить (минимизировать) боль[2]. Это ещё не означает, что максимизация удовольствия представляет собой этически оптимальное стремление. С психологической точки зрения речь идёт исключительно о биологически мотивированном «естественном» импульсе, который составляет часть дизайна человека как такового.

Этот моральный элемент обеспечивается вторым принципом – принципом этического утилитаризма. Этический утилитаризм означает, что достижение счастья, трактуемого как максимизация удовольствия, является морально оправданным поведением. Наконец, третий элемент доктрины утилитаризма гласит, что следует стремиться к максимизации всеобщего счастья, понимаемого как удовольствие. Речь идёт о максимизации всеобщего удовольствия, которое истолковывается как сумма всех индивидуальных удовольствий всех людей. Это среди прочего означает, что индивидуальные функции удовольствия агрегируются, т.е. можносложить все индивидуальные показатели удовольствия между собой и определить таким образом, увеличивается оно или нет.

Подобное понимание порождает определённое напряжение между первым и третьим принципами. Ведь с точки зрения третьего принципа важен исключительно итоговый баланс, а не «распределение» удовольствий между отдельными индивидами. Соответственно, если даже чьё-то удовольствие уменьшится, но общая сумма всех удовольствий вырастет, следует предпочесть именно этот последний вариант[3]. Иными словами, в утилитаризм «вшит» коллективистский идеал: точка зрения общества важнее точки зрения индивида. Уже одно это проблематизирует роль субъективного права в рамках утилитаристски ориентированных правовых доктрин.

Утилитаризм как этическая и политико-правовая доктрина исключительно хорошо вписывается в рационалистскую и просвещенческую традицию. Он ориентирован на оценку эмпирических феноменов, которые, по утверждению его сторонников, поддаются квантификации. Он постулирует объективность, а следовательно, нейтральность анализа, поскольку сравнивать цифры между собой гораздо удобнее, чем сравнивать ценности. Утилитаристы полагают, что счастье и удовольствие можно измерить и сравнить. Возможность же проведения подобных «измерений» позволяет превратить этику и политику права в аналоги естественных наук как по методическим процедурам, так и по точности результатов.

[1] Bentham J. The Principles of Morals and Legislation. Amherst, Prometheus Books, 1988. P. 1.
[2] Ibidem.
[3] Hill J.L. After the Natural Law: How the Classical Worldview Supports Our Modern Moral and PoliticalViews. San Francisco: Ignatius Press, 2016. P. 219.

Утилитаризм представляет собой разновидность натурализма: он ориентирован на объективные, чувственно воспринимаемые феномены и эффекты.

Вместе с тем, как уже указывалось выше, в рамках утилитаризма присутствует очень сильный коллективистский компонент. Поведение людей оценивается с точки зрения того результата, к которому оно приведет; при этом результат понимается как максимизация пользы всего общества, а не отдельного индивида.

Основные недостатки утилитаризма как этической и правовой доктрины можно свести к трем моментам. Прежде всего, это так называемая проблема квантификации[1]. Счастье и удовольствие сложно поддаются переводу в цифры. Как измерить степень моего удовольствия от написания данного текста или изучения научной литературы по этому вопросу? И сравнить полученную цифру с интенсивностью удовольствия, которое футбольный болельщик получает от просмотра матча с участием любимой команды? Ещё хуже дела обстоят в ситуации, когда необходимо посчитать долгосрочные эффекты определённого вида деятельности. Например, сейчас мне хотелось бы не писать этот текст, а заниматься фитнесом. В долгосрочном плане и написание данной работы, и занятия фитнесом способны дать результат, который увеличит моё удовольствие. Но как понять, какой из двух вариантов поведения способен максимизировать счастье наибольшим образом? Если проблему экстраполировать на социум в целом, то она становится практически неразрешимой.

Ну и, наконец, существует проблема непредвиденных последствий, которые могут возникнуть в случае выбора того или иного варианта поведения. Такие эффекты в принципе невозможно учесть при принятии решения, поскольку они в этот момент просто остаются неизвестными.

Вторая проблема утилитаризма состоит в том, что неясно, почему, собственно, максимизация удовольствия *во всех без исключения случаях* представляет собой моральную ценность. И почему счастье необходимо *всегда* понимать именно как максимизацию удовольствия? Утилитаристы обычно пытаются обойти это возражение, указывая, что удовольствие может быть результатом совершенно разных, часто диаметрально противоположных типов поведения у различных людей. Иными словами, разные вещи доставляют удовольствие разным людям. Удовольствие в данном случае понимается как формальный общий знаменатель всех жизненных стратегий.

С этим связан другой аспект проблемы, который касается принципиальной несравнимости различных морально-этических ценностей между собой. Как оценить на одной шкале достоинство, верность, смелость, добросовестность, альтруизм, сопереживание? Как взаимно перевести одно в другое?

---

[1] Ibid. P. 221.

Наконец, самые большие возражения вызывает третья проблема утилитаристской этики. Речь идёт о возможности пожертвовать интересами, потребностями и даже жизнью одного ради максимизации интересов и потребностей многих. Ведь утилитаризм предполагает, что всё подлежит взаимной оценке, с одной стороны, и максимизация пользы наибольшего числа индивидов является принципом принятия решений в морально-этической сфере, с другой стороны. При подобном подходе ничего заранее не является окончательным. Сегодня вам предоставляют доступ к благу, но если завтра выяснится, что в результате отобрания его у вас выиграет большее количество людей, и притом больше, чем вы, то у вас легко отнимут всё что угодно.

Из этого следует, что отсутствуют «красные линии», т.е. то, чего нельзя делать в принципе. Делать можно вообще всё что угодно, если это повысит «всеобщее счастье». Это очень опасная доктрина. И мы знаем пагубные последствия подобного рода представлений. Но в части нашей темы наиболее важно то, что как раз указанное отсутствие «красных линий» совершенно несовместимо с самой идеей субъективного права как такового. В известном смысле концепция субъективного права и представляет собой частноправовое выражение этих этических «красных линий». Ценность категории субъективного права в том и состоит, что с его помощью выражаются разрешённые и запрещённые ходы в области частного права.

Утилитаристы обычно возражают двумя аргументами. Во-первых, нет правил без исключений. Любым, даже самым «сильным» субъективным правам они известны. А это означает, что такие исключения представляют собой результат поиска баланса, следовательно, не может существовать абсолютных ценностей. Во-вторых, часто то, что может представляться увеличением всеобщего счастья на первый взгляд, при детальном рассмотрении таковым не является, поскольку не учитывает долгосрочных последствий соответствующего морального выбора.

Но даже если это и справедливо, проблема остаётся. Как остроумно заметил Джон Ролз, утилитаризм не относится серьёзно к *границам между индивидами*[1]. Важен только общий суммарный положительный эффект соответствующего морального выбора, а не его влияние на конкретного индивида. Все индивиды оказываются взаимно заменимыми. Это опять-таки противоречит самому духу концепции субъективного права индивида, которая предполагает ценность отдельной личности и её автономии.

С другой стороны, утилитаризм, конечно, предполагает моральную ценность человеческой личности. В пользу этого говорит уже тот факт, что исходным принципом утилитаризма является принцип максимизации счастья (удовольствия), которая понимается как сумма счастья (удовольствия) *всех* индивидов. Иначе говоря, точка отсчёта в рамках утилитаристской

[1] Rawls J. A Theory of Justice. Cambridge: Harvard University Press, 1971. P. 26–27.

традиции – это отдельная личность и её интересы, потребности и цели. Другое дело, что *агрегация* индивидуальных функций счастья (полезности) приводит к тому, что одни индивидуальные интересы приносятся в жертву другим индивидуальным интересам. И это рождает определённое напряжение между изначальным индивидуалистическим импульсом утилитаризма и предлагаемым им решением проблемы разграничения интересов разных субъектов.

Итоговый вариант, к которому пришли уже современные варианты утилитаризма для того, чтобы разрешить заложенную в нём коллизию, заключается в следующем. Вместо того чтобы считать удовольствие моральной ценностью, современный утилитаризм предлагает считать таковой сам *выбор, предпочтение* индивида. Для субъекта ценно то, что он сам предпочитает. То же, что индивид предпочитает, выявляется в процессе выбора соответствующего блага. Отсюда возникла *теория выявленных предпочтений* (*revealed preferences*), которая стала основой неоклассической экономической теории и экономического анализа права как её ответвления.

Теория выявленных предпочтений позволяет квантифицировать индивидуальные предпочтения точнее, чем ранние версии утилитаризма, основанные на принципе счастья (удовольствия), поскольку оценивается результат рыночной трансакции (индивид купил яблоки, а не апельсины), а не состояние сознания (степень удовольствия, получаемого индивидом от яблок или апельсинов). Однако исходное напряжение между индивидуальной свободой и общественной пользой, заложенное в утилитаризме, полностью разрешить не удаётся. Индивидуальные преференции квантифицируются с помощью критерия цены, которую индивид готов заплатить за доступ к соответствующему благу. Таким образом, если выяснится, например, что кто-то готов заплатить за принадлежащее вам благо больше, чем вы сами оцениваете это благо, то теоретически возможно оправдать принудительное изъятие его у вас с целью передачи более «эффективному» обладателю (последний готов заплатить больше, следовательно, рентабельность использования им блага выше, чем вами, и поэтому нужно передать благо ему)[1].

В результате становится очевидным, что утилитаристская традиция плохо монтируется с теорией субъективных прав. Это внутренние напряжение между принципом максимизации прибыли и индивидуальной свободой всегда сохраняется.

Вышесказанное позволяет лучше понять теорию интереса Иеринга. Прежде всего он адаптировал британскую теорию утилитаризма к «враждебному» ей германскому контексту. В

[1] Это, разумеется, крайний вариант, который не разделяется классической чикагской версией экономического анализа права, но поддерживается некоторыми левыми радикальными его версиями (см., например: Posner E.A., Weyl E.G. Radical Markets: Uprooting Capitalism and Democracy for a Just Society. Princeton; Oxford: Princeton University Press, 2018).

известном смысле нет ничего более «негерманского», чем утилитаризм в этике. Германская этическая традиция всегда ориентировалась на конкурирующую с утилитаризмом деонтологическую версию этики, наиболее выдающимся представителем которой является Иммануил Кант. Волевая теория субъективного права в цивилистике выступает вариантом последней теории. Соответственно, реципировать утилитаризм в германской правовой среде непосредственно в том виде, в котором он существует в англосаксонском мире, невозможно. Иеринг предложил некоторый гибрид, сплавив категории, фундированные в рамках альтернативных этических и правовых концепций, друг с другом. Моя гипотеза заключается в том, что и теория интереса стала как раз выражением указанной тенденции.

Как мы попытались продемонстрировать выше, утилитаризм плохо совместим с самой концепцией субъективного права. Бентам в своё время назвал концепцию прав индивида «полным вздором» («nonsense on stilts», что буквально переводится как «чушь на ходулях»). Столь радикальный взгляд в рамках германской правовой и этической традиции исключён по определению. Для сферы частного права здесь возникают ещё и дополнительные трудности. Усилиями представителей кантиански ориентированной волевой теории категория субъективного частного права не только стала основополагающей для цивилистики – она была положена в основу систематики последнего, его институтов и категорий. Это, в частности, получило выражение в пандектной системе, в соответствии с которой излагается и изучается частное право. Пандектная система не просто располагает институты и категориичастного права по типам субъективных прав – она содержит общую часть, которая по существу представляет собой учение о субъективном праве как таковом: материал в рамках общей части располагается по модели учения о субъективном праве и правоотношении – субъекты права, объекты прав, основания возникновения прав, защита прав.

В подобных условиях упразднить субъективное частное право в рамках германской цивилистической традиции – это всё равно что «изъять» скелет из тела человека и надеяться при этом на сохранение его целостности и жизнеспособность человеческого организма. Заметим попутно, что подобная же ситуация сохраняется в значительной мере и по сию пору. Несмотря на видимое господство утилитаризма в этике и праве современных обществ, в тех из них, которые долго и прочно ориентировались на альтернативную модель этики, учение о субъективном праве как основу догматики частного права элиминировать не удалось.

Но, с другой стороны, классическая волевая теория субъективного частного права, как уже отмечалось выше, переживала определённый кризис, который сделал невозможным продолжение её доминирования в цивилистической теории. Чтобы разрешить возникшую коллизию между центральным положением категории субъективного права в цивилистической традиции, с одной стороны, и кризисом её оснований, с другой стороны,

Иеринг и предложил использовать ресурсы утилитаристской теории. В этом и заключаются оригинальность и инновационный характер теории интереса.

Такой гибридный характер теории интереса у Иеринга получил выражение, в частности, в его представлении о том, что сущность субъективного права предполагает наличие двух элементов: субстанциального (самого интереса) и формального (права егозащищать). Проблема здесь в том, что наличие самого интереса у индивида ещё не гарантирует его легитимность, признание со стороны объективного права. В соответствии с представлениями сторонников теории интереса, интересы постоянно коллидируют друг с другом, и задача объективного права как раз в том и заключается, чтобы на основе взвешивания этих интересов решить (на законодательном или правоприменительном уровне), какому из них предоставить правовую защиту и в какой мере[1]. В таком случае тестом на наличие или отсутствие субъективного права становится второй элемент – предоставление субъекту интереса права на защиту.

Однако это, в свою очередь, порождает дополнительные проблемы. Если всё зависит от существования нормы права, предоставляющей тому или иному субъекту право на иск (в материально-правовом смысле), то каков функционал категории субъективного права? Если всё в конечном итоге сводится к норме объективного права, зачем нужно промежуточное звено между объективным правом и иском?

Можно попытаться возразить, сказав, что далеко не во всех случаях законодатель *expressis verbis* предоставляет интересанту право на иск. А чтобы понять, нужно ли ему предоставлять такое право, и необходим субстанциальный элемент – интерес. Другими словами, анализ наличия интереса позволяет правоприменителю понять, предоставлено ли интересанту право на иск в материально-правовом смысле. Это даёт возможность «спасти» категорию субъективного права, сохранив его роль «посредника» между нормой объективного права и иском.

Но такое решение кажется убедительным лишь на первый взгляд. Дело в том, что, как уже неоднократно отмечалось выше, само по себе наличие интереса не свидетельствует, что ему непременно будет предоставлена защита. Интересов много, и они постоянно сталкиваются друг с другом. Дело законодателя – решать, какой из интересов предпочесть. Иными словами, выбор защищаемого интереса предполагает *политико-правовое решение* объективного права. Практически это означает, что то, заслуживает конкретный интерес защиты или нет, будет решаться на основе телеологического толкования нормы объективногоправа[2]. Но в таком случае

---

[1] Simmonds N.E. Rights at the Cutting Edge // Kramer M.H., Simmonds N.E., Steiner H. A Debate over Rights: Philosophical Enquiries. Oxford: Oxford University Press, 1998. P. 198.

[2] Речь, естественно, идёт о случае отсутствия чёткого указания законодателя, что защита интересу предоставляется. Но в последнем случае проблемы вообще не возникает: правоприменитель просто применяет *норму права*, и конструкция субъективного права выглядит в данном случае просто избыточной.

опять возникает вопрос, в какой мере нам требуется категория субъективного права, если всё в конечном итоге сводится к телеологическому толкованию норм объективного права[1]?

Соединяя интерес и его юридическую защиту в рамках одного понятия, Иеринг надеялся решить проблему формализма волевой теории. Право всегда предоставляется ради определённого интереса, а не просто ради свободы индивида. Напротив, предоставление свободы всегда имеет социальную цель. Но в таком случае зачем нам нужна категория субъективного права, если в конечном итоге вопрос решается с ориентацией на цели общества? На этот вопрос Иеринг не даёт полноценного ответа. Нил Сайммондс справедливо отмечает: «В известном смысле классическая теория интереса демонстрировала мало заботы о сохранении за концепцией субъективного права существенной роли. Основной импульс, лежащий в ее основе, – продемонстрировать бессодержательность волевой теории, обнаружив неизбежность конфликтов интересов и иллюзорную природу исключительных сфер господства, которые, как утверждается, могут бесконфликтно сосуществовать друг с другом»[2].

Кроме того, утилитаризм гораздо теснее связан с юридическим позитивизмом, а волевая теория, напротив, генетически возникла из различных вариантов теории естественного права (теологического и секулярного). Дело в том, что утилитаризм предполагает инструментализм, т.е. понимание права как инструмента социальной инженерии, сознательного «исправления» недостатков стихии социальных отношений. Именно по этой причине основным инструментом утилитаристски ориентированной правовой теории будет именно объективное и позитивное право. «Исправлять» социальную реальность легче при помощи общеобязательных предписаний, исходящих из одного источника.

Таким образом, попытку Иеринга сохранить самостоятельность категории субъективного частного права вряд ли можно считать успешной. Последовательное применение утилитаристских принципов приводит к полной элиминации категории субъективного права, что и подтверждает ранее сделанный вывод. Однако проблема напряжения между индивидуализмом психологического и этического утилитаризма (морально правильно то, что приносит индивиду максимальное удовольствие) и принципом максимизации «всеобщего счастья» (предполагающим, что индивидуальные функции удовольствия можно агрегировать, балансировать друг с другом) сохраняется. Утилитаризм и индивидуалистичен, и коллективен одновременно. Это и рождает всё новые попытки обосновать возможность существования концепции субъективных прав в рамках утилитаристской традиции.

[1] Simmonds N.E. Op. cit. P. 199.
[2] Ibid. P. 200.

* * *

Отправной точкой теории интереса Иеринга была попытка решить основные противоречия классической волевой теории субъективного права, а именно: проблему наделения субъективными правами недееспособных; определение соотношения объективного и субъективного права; проблему различной степени интенсивности проявления индивидуальной воли в различных типах субъективных прав, что делало задачу сформулировать общее понятие субъективного права непосильной, и проблему социальной обусловленности категории субъективного права.

1. Ключевой теоретической конструкцией, при помощи которой Иеринг попытался решить эти проблемы, стала категория интереса. Субъективное право трактуется Иерингом как юридически защищённый интерес, как обеспечение при помощи права доступа субъекта к пользованию социальным благом. Таким образом, по мнению Иеринга, решаются всеосновные противоречия классической волевой теории. В частности, исчезает проблема обоснования возможности наделения субъективными правами недееспособных, поскольку критерий господства воли, которой они не обладают с точки зрения правопорядка, заменяется критерием наличия у недееспособных интереса, т.е. стремления и потребности, а также способности иметь доступ к соответствующему социальному благу (которыми они обладают). Решается и проблема соотношения объективного и субъективного права: юридическая защита тем или иным индивидуальным интересам предоставляется нормами объективного права на основе процедуры взвешивания интересов, поэтому субъективное право оказывается зависимым и производным от норм объективного права, с помощью которых данное «взвешивание» и осуществляется. Таким же образом разрешается и гетерогенность понятия юридически значимой воли (в различных стандартных типах субъективных прав юридическое значение индивидуальной воли сильно отличается как по объёмам, так и по формам проявления, что делает крайне трудной проблему формирования общего понятия воли в субъективном праве), поскольку замена понятия воли категорией интереса вообще устраняет проблему.

2. Однако создать теоретическую конструкцию субъективного права, опираясь исключительно на понятие интереса, не представляется возможным, поскольку, как чётко продемонстрировал сам Иеринг, далеко не каждый случай юридической защиты интереса индивидуума может рассматриваться в качестве субъективного права. Наиболее очевидный случай обратного – это разработанная Иерингом конструкция «рефлекса (объективного) права», т.е. ситуации, когда определённое лицо получает возможность пользоваться благом в результате акта другого лица, но этот акт не был направлен на предоставление первому лицу доступа к соответствующему благу, т.е. пользование и удовлетворение интереса стало ненамеренным косвенным эффектом действия другого лица. В таких случаях интерес и

пользование благом имеют место, носят фактический характер и защищаются правом в том смысле, что пользование не запрещается, но в то же время соответствующий субъект не имеет права требовать предоставления ему пользования от лица, чьё действие косвенно эту возможность пользования создало.

3. Введение понятия «рефлекса права» позволило выделить наряду с материальным критерием (наличием интереса) формальный критерий (инициативу субъекта в защите принадлежащего ему интереса, право на иск в материально-правовом смысле). По мнению Иеринга, не любой юридически защищённый интерес следует трактовать как субъективное право, а только такой, при котором инициатива в защите этого интереса предоставлена правом свободному усмотрению самого его обладателя. Такова двухэлементная модель субъективного права Иеринга.

4. Формальный критерий проведён не вполне последовательно: с одной стороны, Иеринг признаёт, что имеются случаи, в которых интерес может существовать и рассматриваться в качестве субъективного права без того, чтобы у обладателя интереса существовало право на иск в материально-правовом смысле (недееспособные, которые не могут осуществлять самостоятельно господство воли, в том числе и инициировать защиту права как частный случай этого господства); с другой стороны, есть ситуации, в которых отсутствие у субъекта возможности инициировать защиту интереса однозначно трактуется как препятствие для квалификации соответствующего интереса в качестве субъективного права (рефлексы права). Иначе говоря, в одном случае наличия интереса достаточно для предоставления субъективного права даже при отсутствии волевого элемента, а в другом предоставление субъективного права отрицается именно по причине отсутствия волевого элемента (права на иск в материально-правовом смысле).

5. Аналогичные сложности возникают и применительно к материальному критерию (интересу). Интерес трактуется Иерингом как юридическое обеспечение доступа субъекта к возможности пользования благом. Для того чтобы продемонстрировать тесную связь права и интереса, Иеринг прибегает к гипертрофированно широкой трактовке понятия пользования благами: все виды осуществления права (кроме защиты), включая распорядительные акты, квалифицируются как разновидности пользования. В результате, например, появляется такая парадоксальная конструкция, как купля-продажа, выступающая разновидностью «пользования ценностью» блага. Столь экзотическое понимание пользования необходимо для того, чтобы жёстко связать формальные юридические конструкции частного права (например, виды договорных обязательств) с их социально-экономической функцией (обеспечением доступа субъектов к объектам). Основная проблема этой точки зрения состоит в том, что юридические конструкции невозможно адекватно описать, опираясь исключительно на

обнаружение их социально-экономических функций, невозможно заменить собственно юридический анализ социологическим, поскольку важно понимать не только то, что любая частноправовая конструкция служит определённым социальным целям и интересам, но и то, *каким образом* этот функционал достигается с сугубо юридико-технической точки зрения. Ведь бывают ситуации, когда одна и та же социальная функция может осуществляться с помощью нескольких юридических техник. Потому категории интереса, цели и т. п. не могут быть основой юридического анализа. И сам Иеринг, будучи великолепным аналитиком права, это с блеском продемонстрировал на примере анализарефлексов права.

6. Решающим аргументом против теории интереса, на мой взгляд, является внутренне присущая утилитаристским социальным теориям (а теория Иеринга может рассматриваться в качестве таковой) плохая совместимость с логикой категории субъективного права. Если функция правопорядка сводится к постоянной балансировке коллидирующих частных интересов, каждый из которых признаётся легитимным в определённой мере, то функционал данной категории исчезает. Субъективное частное право в его классическом понимании подразумевает, что доступ к благу, закреплённому за его субъектом, *гарантирован* ему правопорядком. Логика же поиска баланса интересов предполагает, что ничего заранее никому не гарантировано, все распределения благ между различными субъектами носят в известной мере *предварительный характер*.

7. Проект Иеринга, как представляется, заключался как раз в попытке примирить ориентированную на кантианскую деонтологическую этику традиционную германскую цивилистику и классическую волевую теорию как её высшее достижение, с одной стороны, и утилитаритскую этику и теорию права, с другой стороны. Отсюда и то внутреннее напряжение между волевым началом и понятием интереса, которое характерно для теории Иеринга.

2.2. Субъективное частное право и «юриспруденция интересов»

Судьба категории интереса, введённое в научный оборот цивилистической теории Иерингом, сложилась весьма успешно. Понятие интереса не просто довольно широко и систематически использовалось в цивилистической доктрине XX века. Категория интереса успешно перекочевала в международное частное право, в рамках которого она имеет едва ли не более фундаментальный характер, чем, собственно, в цивилистике[1]. В материальном же частном праве с опорой на понятие интереса была выстроена альтернативная традиционной методология частного права.

Это «триумфальное шествие» понятия интереса вызывает большое недоумение, учитывая неопределённость рассматриваемой категории. Вероятно, что именно неопределённость и стала ключевым фактором этой «истории успеха». Нас во всех перипетиях «дискурса об интересах» в частном праве интересует прежде всего тот его аспект, который касается соотношения категорий интереса и субъективного (частного) права. Ведь, собственно, само появление категории интереса в частноправовой теории прямо связано с анализом теоретической конструкции субъективного права. У Иеринга понятие интереса и возникло как определённая теоретическая конструкция именно субъективного права. Позже Иеринг несколько расширил контекст употребления категории интереса. Однако возникла она именно в результате анализа фигуры субъективного права. Именно это, как представляется, и было главным теоретическим источником нестабильности теории интереса Иеринга. Дело в том, что категория интереса, будучи применённой к сфере частного права, неизбежно тяготеет не к субъективно-правовому, а к объективно-правовому истолкованию частного права.

Именно подобная «объективно-правовая» конструкция категории интереса и стала известна под названием «юриспруденции интересов» (*Interessenjurisprudenz).* Именно теоретиками «юриспруденции интересов», прежде всего выдающимся германским цивилистом Филиппом Хеком, был реализован крайне амбициозный проект формирования альтернативной модели частного права с опорой на категорию интереса. Особенно важным с точки зрения предмета настоящего исследования является то, что в рамках этой альтернативной модели категория субъективного права оказалась маргинализирована и в известной степени замощена как раз понятием интереса. Естественно, мы не можем пройти мимо этой оригинальной и в высшей степени интересной теоретической реконструкции.

Ключевой особенностью «юриспруденции интересов» является перенос акцента на учение о толковании и применении норм частного права. Иными словами, основным компонентом

[1] Kegel G. Begriffs- und Interessenjurisprudenz im Internationalen Privatrecht // Festschrift Hans Lewald. Basel, Helbing & Lichtenhahn, 1953. S. 259–288.

теории частного права Хек стал рассматривать теорию толкования норм частного права. Это изменение имело под собой некоторые социальные основания.

Большую часть своей истории частное право и его теория развивались в условиях, когда исходящий от государства нормативно-правовой акт не только не был главным источником частного права, а напротив, вообще обладал крайне незначительным влиянием на частное право[1]. Особенно характерно это положение дел было для центральной Европыи прежде всего германских государств с их сложными, многослойными правовыми системами. То, что с оттенком пренебрежения именовалось «юриспруденцией понятий», во многом представляло собой специфическую технику решения проблем правоприменения (в сфере частного права) в условиях отсутствия единой частноправовой кодификации и даже единого корпуса н нормативных правовых актов, исходящих от единой политической инстанции (национального правопорядка).

Суть проблемы довольно проста. Как обеспечить отправление правосудия по частноправовым спорам в условиях, когда право пробельно, содержит массу противоречий и состоит из разнородных массивов норм сомнительной легитимности (по крайней мере с точки зрения идеала единой кодификации, исходящей от авторитетной политической инстанции – национального государства), но при этом отказ в правосудии со ссылкой на неясность или отсутствие закона (решения *non liquet*) недопустим. В указанных условиях судья оказывается в крайне сложном положении: он должен найти норму, которой в принципене существует, как и не существует легальных способов её восполнения. В подобной ситуации не работают обычные способы решения, так как единая политическая инстанция («законодатель») просто отсутсвует в условиях германских реалий Средних веков и раннего Нового времени. Доктрина остаётся по существу единственным источником норм, которые разрешали бы противоречия и устраняли бы пробелы. Именно в этом, как представляется, состоит ключ к пониманию специфической методологии «юриспруденции понятий».

Основу «юриспруденции понятий» принято видеть в трёх тесно взаимосвязанных между собой постулатах: принципе беспробельности права, конструктивизме и использовании так называемого «инверсионного метода»[2]. Идею о беспробельности права принято критиковать с помощью такого «беспроигрышного» аргумента, как ссылка на невозможность беспробельности. В самом деле, если не исходить из естественно-правовых представлений о природе права, не приписывать базовому источнику права трансцендентныйхарактер, трудно не согласиться с этим выводом. Нормы создаются людьми, люди не в состоянии предвидеть всё,

[1] Jansen N., Michaels R. Op. cit.; Jansen N. The Making of Legal Authority: Non-Legislative Codifications in Historical and Comparative Perspective. Oxford: Oxford University Press, 2010.

[2] Bucher E. Was ist Begriffsjurisprudenz? // Theorie und Technik der Begriffsjurisprudenz / Hrsg. von W. Krawietz. Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1976. S. 361.

поэтому пробелы в праве неизбежны. Проблема в своём практическом преломлении, однако, состоит совсем в другом. Несмотря на неизбежность пробелов в текстах нормативно-правовых актов, обычаев и других источников права, судья не может отказать в правосудии со ссылкой на пробел в праве. Следовательно, пробел существует в конкретном источнике права, правовая же система как целое не может быть пробельной.

Как принято понимать беспробельность? Как способность правовой системы дать ответ на любой вопрос, разрешить со ссылками на нормы права и на основе норм права любой социальный конфликт в частноправовой сфере. Но это именно то, что вытекает из принципа запрета отказывать в правосудии в связи с неясностью или отсутствием закона. Судья обязан найти решение, даже если его в текстах источников права не содержится. Поэтому с этой точки зрения любые правовые системы носят беспробельный характер.

Конструктивизм как черта «юриспруденции понятий» означает активное использование техники юридической конструкции. Суть этой техники, которую впервые аналитически выделил Иеринг, заключается в сведении всего многообразия частноправового материала к нескольким базовым принципам, элементарным моделям. Сконструировать в этом смысле означает свести институт к его базовому принципу или принципам, обнажающим его фундаментальную структуру.

Наконец, инверсионный метод предполагает возможность дедукции из выделенных общих абстракций частного права, новых норм и новых решений, которые не содержатся непосредственно в нормативном материале, но при этом образуются на его основе. Сам термин «инверсионный метод» ввёл в научный оборот не кто иной, как Филипп Хек, придав ему негативную коннотацию[1]. В соответствии с мыслью Хека действие в данном случае основано на *инверсии,* когда на первом этапе образуются некоторые базовые абстракции, а потом уже из этих абстракций выводятся новые нормы. Проблема здесь, по мнению Хека, в том и заключается, что абстракции выводятся из существующего правового материала (норм права), а потом уже из этих абстракций выводятся новые нормы. Но абстракции не могут порождать норм, которые не содержались первоначально в том «эмпирическом базисе», на основе которого эти абстракции образованы. В этом-то и заключается инверсия: вы сначала образуете абстракцию на основе существующих отдельных норм, а потом уже сама абстракция становится генератором новых норм, которые вытекают не из существующих, а из самой абстракции.

Отличный пример применения «инверсионного метода» приводит Ойген Бухер[2]. Речь идёт о давней дискуссии относительно того, можно ли защиту личных неимущественных благ

[1] Heck Ph. Was ist diejenige Begriffsjurisprudenz, die wir bekampfen? // Interessenjurisprudenz / Hrsg. von G. Ellscheid, W. Hassemer. Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1974. S. 42.
[2] Bucher E. Was ist Begriffsjurisprudenz? S. 366-367.

квалифицировать в субъективно-правовом смысле, а сами эти блага, соответственно, рассматривать как субъективные (частные) права. Традиционная позиция отрицала это как раз на основе инверсии. За основу общего понятия субъективного (частного) права берётся право собственности, что строго логически означает лишь использование неполной индукции. Но потом защита личного неимущественного блага оценивается с позиции общего понятия субъективного права, смоделированного по образцу права собственности. По существу, в этом случае мы лишь сравниваем личные права с правом собственности и приходим к выводу, что они различаются в важном аспекте способности распоряжаться соответствующим благом. Но по форме получается, что мы применяем общее понятие субъективного права к конкретному случаю. Формальный вывод как раз и основан на инверсии: мы сначала вводим спорный признак в общее понятие, чтобы потом на основании этого спорного признака разрешить проблему, но выглядит это так, что мы применяем корректно образованное общее понятие. Проблема и состоит в том, что не ясно, в какой мере этот признак подлежит универсализации, т.е. касается всех без исключения разновидностей субъективных частных прав.

Нетрудно заметить, что юридическая конструкция и «инверсионный метод» представляют собой специфические техники решения проблемы обеспечения правоприменителя рациональными стандартами разрешения частноправовых конфликтов в условиях, когда они не могут прибегать к более привычным нам конструкциям вроде «воли законодателя»[1]. Даже если считать сформулированную Хеком модель «инверсионного метода» соответствующей действительности[2], то все равно нельзя не заметить: критикуя «инверсионный метод», Хек критиковал его, исходя из совершенно иных представлений о частноправовой системе, чем те, которые обусловили его (метода) необходимость.

Необходимо напомнить, что к моменту появления наиболее важных ключевых текстовХека и других теоретиков «юриспруденции интересов» частноправовая кодификация в Германии, равно как и её политическое единство, стали реальностью. Это довольно резко изменило и понимание задач цивилистов в новых условиях. Грубо говоря, появилась эта самая пресловутая «воля законодателя» (в форме *BGB*), производной от которой стало считаться всё частное право. Соответственно, кардинально меняется и представление о юридической методологии: отныне основной задачей науки частного права является толкование авторитетного текста, в

[1] Хотя нельзя не отметить, что, несмотря на привычность этого выражения, оно является ещё более спорным аргументом, чем техники «юриспруденции понятий». Большая часть истории развития частноправовых систем имела место в условиях отсутствия вообще какого-либо «законодателя». Все эти идеи о «воле законодателя» – прямой результат «национализации» частного права со стороны абсолютистских режимов XVII и XVIII вв. По этой причине если уж и пытаться обнаружить в частном праве «привычное», то это будет право без «законодателя».

[2] Это в последнее время убедительно оспаривается (см., например: Haferkamp H.-P. Georg Friedrich Puchta und die «Begriffsjurisprudenz». S. 78–101).

качестве которого на сей раз выступает нормативно-правовой акт в форме кодификации частного права. Если ранее основными задачами науки частного права была разработка методологии построения правовых принципов и извлечения из них конкретных правоприменительных решений в спорных случаях, то сейчас основной акцент стал делаться на технике извлечения смысла из авторитетного текста (частноправовойкодификации).

Дело было за малым. Кто-то должен был провозгласить смену парадигмы и сформулировать новую методологию. Именно в решении этой задачи и состоит заслугаФилиппа Хека.

Вышеизложенное, как представляется, позволяет понять, почему теория толкования юридических текстов стала рассматривать как ключевой компонент юридической методологии. При этом в традиционном споре между объективной и субъективной теориями толкования Хек безоговорочно поддерживал последнюю[1]. Сама по себе идея ориентироваться на «волю законодателя» не представлялась чем-то новым и оригинальным, такие теории встречались и до и после «юриспруденции интересов». Теоретическая инновация «юриспруденции интересов» состоит в том, что толкование стало рассматриватьсякак опирающееся на анализ и оценка интересов[2]. С точки зрения «юриспруденции интересов» нормы частного права регулируют конфликты интересов различных субъектов частного права, и задача правоприменителя как раз и заключается в том, чтобы понять, какие интересы защищает законодатель в том или ином случае. Иными словами, толкование норм права с точки зрения Хека и других теоретиков «юриспруденции интересов» представляет собой не только и не столько сугубо лингвистическую процедуру установления содержания языкового выражения, в форме которого существует правовое предписание. Основная задача заключается в анализе социальных интересов, лежащих в основе правового предписания. Каждая норма права с этой точки зрения разрешает определённый конфликт интересов определённым образом. Именно в этом заключается первичная функция правового предписания. Лингвистическая форма предписания является вторичным фактором, призванным лишь оформить суждение законодателя о характере разрешения конфликта интересов.

Иными словами, Хек наполняет традиционную и крайне спорную категорию «воли законодателя» новым содержанием, что позволяет избежать традиционной критики, которая выдвигается против неё. Задача толкования состоит в том, чтобы выявить, каким образом законодатель намерен решить конфликт интересов, поскольку любое предписание разрешает конфликт интересов. Поэтому и «воля законодателя» представляет собой разрешение конфликта интересов, именно его, а не «психологическую волю» необходимо обнаружить путём анализа лингвистической формы правового предписания.

---

[1] Heck Ph. Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz // Archiv für die civilistische Praxis (AcP). 1914. Bd. 112. Heft 1. S. 6–7.
[2] Ibid. S. 8.

Тем не менее Хек рассматривает эту модель толкования как вариант субъективной теории толкования. По его мнению, «воля законодателя» как раз и заключается в том, что правовое предписание разрешает конфликт интересов. Соответственно, для того, чтобы понять эту волю, необходим анализ интересов различных субъектов частного права, конфликт которых и разрешает конкретное правовое предписание.

Такая конструкция позволяет решить многие спорные проблемы, которые характеризуют учение о толковании норм частного права. С одной стороны, сохраняется общая для юридического позитивизма ориентация на законодателя. Как уже говорилось выше, это крайне гармонировало с господствующим в 1900-е и 1910-е гг. в Германии пониманием частного права как кодифицированного (и «национализированного») государством частного права. Соответственно, процесс правоприменения должен был бы с этой точки зрения трактоваться как процесс обнаружения воли законодателя. Но, с другой стороны, эта же эпоха отличается невиданной социальной динамикой, постоянными быстрыми и глубокими социальными трансформациями и изменениями, бешеным темпом социальных процессов. Это делает неизбежным то, что законодатель не будет успевать за социальными практиками и, соответственно, требует довольно широкого судейского усмотрения. Как совместить эти две противоречащие друг другу тенденции?

Вот именно это задачу создания синтетической модели правоприменения, которая смогла бы примерить отмеченное противоречие, и решала, как представляется, «юриспруденции интересов». В самом деле, с одной стороны, процесс толкования норм права рассматривается как процесс обнаружения «воли законодателя». Но, с другой стороны, эта «воля» должна заключается в рациональном разрешении определённого конфликта интересов. Таким образом, категория «воли законодателя» получает чёткую социологическую основу. Процесс обнаружения «воли», выражая субъективные представления законодателя, тем не менее отражает объективные социальные закономерности. Это не произвол законодателя, а вполне объективный процесс оценки и взвешивания интересов, которые вовлечены в соответствующий социальный конфликт. Иными словами, удаётся увязать формальный и материальный моменты правового регулирования, которые обычно трудно связать друг с другом[1].

Другими словами, в основе этой теории лежит представление, что законодатель, конечно, является ключевой фигурой в процессе создания норм, а его намерение имеет решающее значения для их толкования и применения. Но законодатель при этом не формулирует нормы произвольно, у него есть строго определённая функция рационального разрешения конфликтов

[1] «Воля законодателя» может в принципе быть любой, в том числе и нерациональной. В свою очередь оценка социальных интересов, лежащих в основе конфликта, помогает понять социальную природу соответствующего конфликта, но не добавляет ничего к обнаружению содержания «воли законодателя».

интересов в сфере частного права. Поэтому ориентироваться в процессе толкования норм необходимо на анализ интересов, как они выражены в норме, а не на попытку обнаружить психологические состояния, в которых эта норма формулировалась. В этом смысле «воля законодателя», несомненно, имеет у Хека нормативный, а не психологический характер[1].

Что всё это даёт нам практически? Большую свободу правоприменителю при толковании норм, но при сохранении общего представления о том, что интерпретируется и применяется «воля законодателя». Просто само понятие «воли законодателя» трактуется в новом ключе, что и позволяет достичь подобного результата. С одной стороны, сохраняется общая ориентация правоприменителя на норму права и выраженную в ней «волю законодателя». С другой стороны, правоприменитель сохраняет значительную долю свободы усмотрения и возможность анализа социальных последствий того или иного правоприменительного решения. Эту модель сам Хек именует «der denkende Gehorsam»[2], что можно перевести как «подчинение, основанное на размышлении».

Как становится совершенно очевидным из предыдущего анализа, основная нагрузка в рамках теоретического синтеза Хека ложится именно на категорию интереса. Понятие интереса интегрирует всю теоретическую модель. Во-первых, категория интереса обеспечивает связь правовых форм (у Хека – правовых предписаний) с социальной реальностью, с «жизнью», как в то время принято было говорить[3]. При помощи категории интереса получает выражение мысль о социальной обусловленности частного права. Во-вторых, при помощи категории интереса удаётся избежать опасностей крайнего правового легизма, когда лингвистическая формулировка правового предписания замещает собственно юридический анализ. Поскольку по представлениям «юриспруденции интересов» нормы представляют схемы решения конфликтов интересов, то основной акцент при правоприменении должен быть сделан именно на анализ интересов и социального измерения правоприменения. При этом, в-третьих, важно отметить, что это социальное измерение, эта модель разрешения конфликта интересов рассматривается как содержание нормы права, что даёт возможность трактовать деятельность судьи как толкование и применение «воли законодателя».

Значение категории интересов в рамках подобного теоретического синтеза трудно переоценить. С одной стороны, как отмечалось выше, эта категория связывает воедино правовую форму и социальную реальность. С другой стороны, она же представляет собой

---

[1] Stoll H. Begriff und Konstruktion in der Lehre der Interessenjurisprudenz // Interessenjurisprudenz / Hrsg. von G. Ellscheid, W. Hassemer. S. 165.

[2] Heck Ph. Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz // Heck Ph. Das Problem der Rechtsgewinnung. Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz. Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz. Bad Homburg vor der Höhe; Berlin; Zürich, Gehlen, 1968. S. 174.

[3] Garcia Salgago M. *J.* La jurisprudencia de interesses de Philipp Heck. Granada, Editorial Comares, 2010. P. 117; Heck Ph. Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz. S. 10.

методику правоприменения. С интересующей нас точки зрения важно отметить объективно-правовую природу понятия интереса у Хека в отличие от теории Иеринга, у которого, по крайней мере на первоначальном этапе, категория интереса имела субъективно-правовой характер. Это, помимо всего прочего, демонстрирует присущее категории интереса объективно-правовое измерение. Ведь если рассматривать частное право как совокупность конфликтов интересов различных субъектов, то очевидно, что основной функцией правопорядка становится разрешение этих конфликтов путём издания правовых предписаний, т.е. норм объективного права. Таким образом, «юриспруденция интересов» естественно тяготеет к объективно-правовой трактовке частного права.

Более того, именно категория интересов начинает замещать категорию субъективного права в качестве «конечной абстракции» частного права. Понятие интереса формулируется Хеком предельно широко и неопределённо[1], что только и даёт возможность превратить категорию интереса в системообразующую для частного права. В самом общем виде Хек определяет интерес как «склонность стремиться или желать чего-либо» (*Begehrungsdisposition*)[2]. При этом понятие интереса включает и материальные, и идеальные интересы, равно как и индивидуальные, так и общественные интересы. Болеетого, интересы не обязательно должны чётко осознаваться самим их носителем, носить актуальный характер. Они могут подразумеваться, не сознаваться рационально самим субъектом. Именно эту последнюю особенность подчёркивает термин «склонность» в определении понятия интереса.

Столь широкая трактовка категории интереса не только превращает её в безразмерную. Основная проблема, как представляется, состоит в том, что эта «безразмерность» позволяет объяснить всё что угодно и не объяснить ровным счётом ничего. Сама категория интереса превращается в ничего не означающий сам по себе символ, которыйнаполняется содержанием в конкретных случаях. Таким образом и получается объяснить все частное право посредством понятия интереса. Реальным содержанием категория интереса наполняется только применительно к конкретному правовому предписанию, конкретному случаю разрешения того или иного конфликта интересов в сфере частного права.

Эта особенность основанной на понятии интереса юридической методологии обуславливает крайне специфическое отношение «юриспруденции интересов» к абстрактным юридическим понятиям вообще. Сам акцент на разрешении законодателем конфликтов привёл к тому, что сама сфера частного права начинает трактоваться не как «система субъективных прав», а как порядок (по существу перечень) типичных конфликтов интересов и способов их разрешения, предусмотренных нормативными правовыми актами. Как метко заметил один из самых

[1] Oertmann P. Interesse und Begriff in der Rechtswissenschaft. Leipzig, A. Deichertsche Verlagsbuchhandlung Dr. W. Scholl, 1931. S. 4.
[2] Heck Ph. Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz. S. 151.

глубоких теоретиков «юриспруденции интересов» Генрих Штоль, «законодательная система», напротив, в этом смысле вообще не является системой, а только порядком, поскольку её наполнение носит не логический характер»[1].

Парадоксальным образом модель частного права «юриспруденции интересов» носит глубоко партикуляристский характер. Отсюда проистекает и нелюбовь Хека к абстракциям цивилистической теории, особенно если они носят чисто структурный, логический характер. При этом повторимся: само понятие интереса представляет собой предельную абстракцию, которая благодаря своей абстрактности почти ничего не означает и уж точно означает меньше, чем классическая «конечная абстракция» частного права – категория субъективного права. Именно эта способность категории интереса лишь соединять в каждом конкретном случае правовую форму и её социальный контекст и позволяет говорить о существовании некоторого порядка разрешения конфликтов интересов.

Проблема состоит в том, что бессодержательное понятие, лежащее в основе этого «порядка», не позволяет вообще понять, что является основой автономии и единства частного права. Частное право «юриспруденции интересов» представляет собой серию частных решений законодателя о способах разрешения отдельных типов конфликтов интересов.

Возникает закономерный вопрос о том, в какой мере эти частные решения конкретных конфликтов интересов поддаются систематизации и вообще требуют ли они её. Хек начал анализировать этот вопрос на сравнительно поздних этапах своей научной деятельности под влиянием критики со стороны оппонентов. Основная проблема состояла в том, что частное право вовсе не было в реальности столь партикулярным, как это вытекало из взглядов теоретиков «юриспруденции интересов». Более того, абстрактный стиль германской науки частного права широко известен и составляет его неотъемлемую черту. Кроме того, основываясь на партикулярной модели защиты интересов, нетрудно прийти к выводу об избыточности всеобъемлющей кодификации частного права, которая предполагает широкое использование абстракций. Суть кодификации как раз и состоит в наличии полноценных общих положений (общей части пандектной системы), которые немыслимы вне абстрактного языка классической цивилистической традиции. Парадоксальным образом именно кодификация стимулировала появление «юриспруденции интересов». И именно к отрицанию основного механизма построения частноправовой кодификации приводит логика «юриспруденции интересов».

Всё это заставило Хека обратиться к анализу «образования понятий» (*Begriffsbildung*) в сфере частного права[2]. Надо сказать, что эта часть теоретического наследия выдающегося

[1] Stoll H. Op. cit. S. 189.
[2] Heck Ph. Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz.

германского цивилиста вызывает максимальные сложности для понимания. Обычно Хекпишет в высшей степени ясные и крайне хорошо выстроенные тексты. Фрагменты же относительно роли общих понятий в частном праве и методики их образования больше вызывают вопросы, чем дают ответы.

Основная причина этого, как представляется, заключается в общей методологической ориентации Хека на теорию толкования. Как уже отмечалось выше, ключевой компонент юридической методологии, по мнению Хека, – это как раз теория толкования и применения норм права. Эта модель базируется на предположении о том, что существует более или менее полный всеобъемлющий текст кодификации, содержащий «волю законодателя». И задача юриста заключается в выработке специфической техники «извлечения» этой воли из текста. Своеобразие этой техники базируется на том, что содержащаяся в авторитетном тексте «воля законодателя» представляет собой разрешение конфликта интересов в сфере частного права. По этой причине «извлечение» воли из текста представляет собой не лингвистический анализ, а исследование интересов.

Традиционные абстракции частного права плохо вписываются в эту схему. Тем не менее их каким-то образом в неё вписать необходимо. Ключевой компонент учения Хека об «образовании понятий» заключается в том, что все частноправовые абстракции Хек делит на три группы. Первую группу можно условно назвать «упорядочивающими или структурными понятиями» (*Ordnungsbegiffe*)[1]. Эти понятия используются исключительно в целях облегчения изложения материала частного права, они служат удобству презентации и изучения[2].

Вторую группу образуют «понятия-интересы» (Interessenbegriffe). Они отражают зависимость правовых предписаний от оценки интересов, лежащих в основе этих предписаний. Это ключевой вид абстракций с точки зрения «юриспруденции интересов». В самом деле, если полагать, что нормативные модели регулирования определяются оценкой интересов, то выявление и рационализация этих интересов в форме понятий будут ключевыми элементами юридической методологии.

Чтобы лучше понять различие между этими двумя видами понятий, нужно иметь в виду следующее. «Понятия-интересы» сложно поддаются унификации, их трудно выстроить в рамки дедуктивной системы, «пирамиды понятий». Это связано с тем, что «понятия-интересы» производны от реальных социальных практик. Конфликты интересов возникают в социальной

---

[1] Также используется термин «*Gebotsbegriffe*», который можно условно перевести как «понятия-предписания», противопоставляемые «понятиям-интересам». *Gebotsbegriffe* относятся к сфере должного, представляют собой предписания, а *Interessenbegriffe* относятся к фактическим (социальным) основаниям (причинам) правовых предписаний, следовательно, к сфере сущего. *Ordnungsbegriffe*, если они представляют собой правовые предписания, также рассматриваются как *Gebotsbegriffe*. Однако возможно существование и чисто научных классифицирующих *Ordnungsbegriffe*, которые, соответственно, не относятся к *Gebotsbegriffe*.

[2] Heck Ph. Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz. S. 195–205.

реальности, а уже потом они требуют реакции частноправовой системы в виде взвешивания и оценки интересов участников и разрешения конфликта. Иными словами, частное право всегда уже имеет дело с тем, что задача разрешения конфликта ставится праву извне, со стороны социальной системы. Право работает с существующими типами социальных конфликтов, которые не оно само генерирует, его задача – лишь реагировать на факт их наличия определённым образом. Соответственно, методика образования абстрактных понятий, призванных разрешать эти конфликты, определяется не самим правом, а «логикой жизни».

Отсюда и важная особенность «понятий-интересов»: они слабо поддаются догматизации и аксиоматизации. Ведь мир социальных конфликтов, который определяет их, является партикулярным и многообразным. Следовательно, пытаться унифицировать «понятия-интересы» на манер пандектистики (с выделением предельных абстракций общей части) означает исказить «логику жизни», отойти от конкретной констелляции фактов и интересов в отдельном случае (или типе случаев), что неизбежно сделает невозможным адекватную оценку интересов. А ведь в силу исходного постулата об обусловленности права интересами главная задача частного права как раз и состоит в том, чтобы адекватно оценивать интересы. Поэтому «понятия-интересы» всегда сопротивляются унификации, аксиоматизации или даже систематизации. Максимум, что можно сделать, это сформировать «группы интересов», как, например, «интересы собственников», «интересы приобретателей», «интересы третьих лиц», «интерес в стабильности права», «интерес в справедливости права в отдельном случае», «публичный интерес» и т.п.[1] Опять-таки бессодержательность понятия интереса не остаётся без последствий и здесь: возникают сомнения, можно ли применительно к «понятиям-интересам» вообще говорить о понятии в логическом смысле слова. Сам Хек, весьма чуткий к корректному употреблению терминов, часто говорит не о «интересах-понятиях» (хотя, конечно, и этот термин активно используется), а о «die Interessenseite», т.е. об аспекте, элементе интереса в понятии[2].

Совершенно иным образом обстоит дело со «структурными, упорядочивающими понятиями». Задача «структурных понятий» – сугубо презентационная. Они существуют для того, чтобы упрощать, облегчать понимание и передавать знания в процессе образования. Если для «понятий-интересов» упрощение является губительным, поскольку способно исказить конкретную реальность конкретного конфликта (типа конфликтов) интересов, что помешает частноправовой системе адекватно реагировать на этот конфликт, то применительно к «структурным понятиям» упрощение, генерализация и систематизация выступают неприменимыми условиями облегчения понимания.

---

[1] Hasslinger N. Max von Rümelin (1861–1931) und die juristische Methode. Tübingen: Mohr Siebeck, 2014. S. 129–153.

[2] Heck Ph. Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz. S. 157.

Другими словами, применительно к «структурным понятиям» задача носит сугубо когнитивный характер: необходимо максимально рационально и просто описать существующую частноправовую реальность. Задача же «понятий-интересов» носит не столько когнитивный, сколько практический, прагматический характер: здесь необходимо выстроить методику оценки конфликтов для целей правоприменения.

Хек довольно скептически оценивает «структурные понятия». По его мнению, они изначально таят в себе серьёзную опасность того, что сформулированная исключительно для целей облегчения понимания существующего частноправового порядка абстракция будет применяться для решения проблем пробелов и противоречий в праве, т.е. того, что Хек называет «инверсионным методом». Именно это, по мнению Хека, главный порок пандектистики и всего классического стиля цивилистики[1]. Чтобы избежать этой опасности, полагает Хек, работая со «структурными понятиями», нужно постоянно помнить об их индуктивной природе: эти понятия лишь систематизируют наличный частноправовой материал и не могут использоваться для получения новых норм права.

Интересна третья группа понятий, выделяемая Хеком. Речь идёт о гибридах двух предыдущих разновидностей понятий, в которых существуют структурный элемент и элемент интереса. С первого взгляда существование подобного гибрида вызывает возражения с точки зрения логики самого Хека. Если «понятия-интересы» формируются на базе оценки типичных, но конкретных интересов субъектов, то «структурные понятия» служат не для оценки интересов, а для упрощения изложения материала. Иными словами, по этой логике «структурные понятия» не должны быть основаны на оценке интересов, а систематика, на них основанная, не должна копировать понятийный ряд «понятий-интересов». Вот здесь, на мой взгляд, и заключается основная проблема «образования понятий» по Хеку.

Проблема состоит в том, что систематика на основе интересов, по всей видимости, вообще невозможна. Именно этот главный «секрет» и призваны скрыть понятия-гибриды. Понятия интересов одновременно слишком абстракты и слишком конкретны с точки зрения нужд цивилистики. С одной стороны, интересы слишком партикулярны и конкретны, своё подлинное содержание приобретают исключительно применительно к отдельным случаям, и только их можно применять для того, чтобы сделать сколько-нибудь осмысленные выводы. Но на такой почве никакой систематики частного права построить вообще нельзя. Тут не будет не только субъективных прав, тут не будет ни вещного права, ни обязательств, практически ничего.

С другой стороны, само понятие интереса и те «разновидности» интересов, которые всё-таки удаётся выделить теоретикам «юриспруденции интересов», слишком абстрактны, чтобы из них вывести систематику. В самом деле, можно ли построить систематику, например, на

[1] Ibid. S. 195–198.

разграничении типов интересов: интересы отчуждателя (собственника), интересы приобретателя, интересы третьих лиц? В некоторых случаях (например, защита добросовестного приобретателя) это оказывается возможным, но только если для фиксации различных типов интересов использовать классические понятия догматики (в данном случае речь о собственнике, об отчуждательной сделке и т. п.).

Иными словами, понятие интереса может *дополнять* догматику, но не в состоянии её *заменить.* Не в состоянии как раз в силу логических свойств понятия интереса, который одновременно слишком абстрактен и слишком конкретен для целей частного права. Отнюдь не случаен тот факт, что, несмотря на постоянные агрессивные атаки на классические систематизации частного права, никому из оппонентов не удалось создать альтернативную систематику. Единственное, что иногда у них получалось, это *дополнять* догматический анализ некоторыми интересными социологическими деталями.

Применительно к «юриспруденции интересов» мы имеем дело, как представляется, именно с этим. «Понятия-интересы» не позволяют вообще выстроить осмысленную и когерентную систематику, поэтому и приходится прибегать к гибридам, в рамках которых классические догматические фигуры дополняются элементами социологического анализа. Отнюдь не случайно те разделы работ Хека, которые относятся к «понятиям-интересам», являются наименее содержательными. Хек говорит о возможности формирования групп таких понятий, но постоянно подчёркивает, что не следует злоупотреблять абстракциями[1]. Вероятнее всего, ими не следует злоупотреблять потому, что их нет никакой возможности образовать.

Для обоснования такой позиции приводится следующий аргумент: единство частного права носит не «органический характер», как бы задаётся извне, теми реальными типами социально-экономических конфликтов, с которыми частному право и приходится иметь дело[2]. В этом смысле «понятия-интересы» лишь обнаруживаются и фиксируются исследователем, но формируются в самой социальном практике, в экономическом обороте. Здесь поэтому не может быть аксиоматической системы, речь может идти исключительно о типах проблем, которые задаются практикой[3]. Типичные группы интересов, типичные способы разрешения типичных коллизий образуют «внутреннюю систему» (*inneres System*), которой противопоставляется «внешняя система» (*äußeres System*), основанная на формально-логических критериях[4].

Но опять-таки партикулярный язык конкретных интересов невозможно систематизировать. Конкретное, привязанное к определённому контексту может быть

---

[1] Heck Ph. Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz. S. 194.
[2] В этом смысле «юриспруденцию интересов» можно рассматривать как разновидность правового реализма.
[3] Ibid. S. 188–189.
[4] Эта дихотомия приобрела впоследствии большую популярность в германоязычной доктрине (см., например: Bydlinsky Fr. System und Prinzipien des Privatrechts. Wien: Verlag Österreich, 2013. S. 67–74).

выражено рационально лишь путём использования абстрактного языка. Главное преимущество абстракции заключается как раз в деконтекстуализации лингвистического выражения, что придаёт ему относительную универсальность, делает более или менее понятным, независимо от конкретного контекста. Каждое лингвистическое выражение, при помощи которого написан данный текст, имеет в основе своей абстрактное значение, благодаря которому его способен понять любой владеющий русским языком[1].

Методология же обнаружения и оценки интересов плохо приспособлена для целей деконтекстуализации. Наоборот, техника анализа интересов как раз направлена на включение (социального) контекста в логический и догматический анализ. Но это означает, что «юриспруденция интересов» не имеет абстрактного языка, а следовательно, лишена испособа коммуникации, который позволяет сделать её рациональной (интеллигибельной для среднего разумного субъекта). Единственное, что остаётся, это опираться на уже имеющуюся традицию юридической догматики. Другими словами, на что уже неоднократно обращалось внимание в литературе наиболее проницательными исследователями, «юриспруденция интересов» может рассматриваться как полезное дополнение к «юриспруденции понятий»[2]. Именно указанными соображениями, как представляется, диктуется и сам дуализм структуры и интереса и появление гибридной категории, в рамках которой объединяются в одном понятии структура и интерес, догматика и социология.

Возникает вопрос: если Хек столь критически относится к структурному аспекту права, к абстрактным понятиям, юридической технике и конструкциям, то почему он не отказался полностью от использования всего этого инструментария в пользу технологии анализа интересов? Другими словами, что мешает вообще ориентироваться исключительно на понятие интересов?

Основная причина этого состоит в том, что важнейшая базовая интенция «юриспруденции интересов» заключается в необходимости сохранить ориентацию на волю законодателя. Позицию Хека характеризует не только скепсис относительно роли научных абстракций в частном праве. Равным образом, если не больше, Хек не принимает широкое судейское усмотрение. Классическая схема, основанная на приоритете нормотворца, но не правоприменителя, является важным императивом «юриспруденции интересов».

Иными словами, задача «юриспруденции интересов» состояла в том, чтобы разработать теоретическую модель правоприменительных процессов, в рамках которой, с одной стороны,

---

[1] Здесь, конечно, нужно учитывать специальный характер этого текста, который требует экспертизы в области права. Но можно привести пример обычного бытового диалога, который способен понять каждый владеющий базовыми правилами языка. И здесь понимание зависит от владения абстракциями, а основная функция языковых абстракций как раз в том и заключается, чтобы адресат понимал автора высказывания без того, чтобы знать контекст.

[2] Oertmann P. Op. cit.

декларировалась приверженность приоритету правотворчества, а с другой, учитывалось то, что пробелы в праве существуют и основную работу по их восполнению должен нести и несёт правоприменитель. Методология, основанная на понятии интереса, дала возможность сформулировать подобную модель. С одной стороны, правоприменение основано на толковании нормы права, с другой стороны, процесс толкования не сводится к лингвистическому анализу, а представляет анализ интересов, что обеспечивает правоприменителю большую свободу усмотрения в тех случаях, когда это необходимо. В нормальном случае, по мнению Хека, правоприменительной процесс вообще может строиться по традиционной дедуктивной логике, когда ситуация настолько очевидна, что актуальный анализ интересов вообще может не проводиться и тогда правоприменительный процесс вообще мало отличается от классических представлений. Важно только, что даже в этом случае анализ интересов потенциально возможен, и если его провести, то результаты должны совпасть с результатами классической процедуры (грамматического) толкования нормы права[1]. Если же они не совпадают, то это как «сигнал тревоги» для правоприменителя о том, что в соответствующем случае нужно не ограничиваться лингвистическими техниками толкования, а провести полноценный анализ интересов.

Вышеизложенное, наконец, позволяет приступить к ответу на вопрос об отношении «юриспруденции интересов» к конструкции субъективного (частного) права. Общее вполне скептическое отношение Хека к абстракциям цивилистики, конечно, проявляется и в отношении к этой базовой абстракции классической модели частного права. Логично предположить, что произойдёт некоторая маргинализация высокого теоретического статуса этой категории. Как уже отмечалось выше, в основе «юриспруденции интересов» лежит объективно-правовая трактовка частного права, которая рассматривает его как порядок социальных конфликтов и правовых способов их разрешения. Ключевой фигурой в рамках подобного понимания будет не субъект частного права, а своеобразный «социальный технолог», прежде всего правотворец, но нередко и правоприменитель, который моделирует различные способы разрешения частноправовых конфликтов. Язык субъективных прав, правовых возможностей вообще плохо пригоден для описания подобного рода «реальности». Вместе с тем, как уже неоднократно отмечалось выше, подобный «конфликтный» и «социально-технологический» взгляд на частное право не получается последовательно провести главным образом вследствие партикуляризма конфликтов интересов, зависимости самих интересов от конкретного контекста и невозможности их полноценной универсализации.

[1] Heck Ph. Die Leugnung der Interessenjurisprudenz durch Hermann Isay // Interessenjurisprudenz / Hrsg. Von G. Ellscheid, W. Hassemer. S. 246.

Универсальные абстракции частного права выполняют по крайне мере две крайне важные функции. С одной стороны, как уже отмечалось выше, они обеспечивают рациональную коммуникацию (наличие абстрактного значения, общего автору высказывания и его адресанту, обеспечивает понимание последним содержания высказывания). С другой стороны, абстракции выражают принцип формального равенства субъектов частного права и служат важным тестом на его последовательное проведение. Так, действует принцип универсальной гражданской правоспособности, которая и трактуется как абстрактная (т.е. не зависящая от конкретных свойств субъекта частного права) предпосылка правообладания в частном праве. Как только мы видим в сфере частного права попытки создать особые партикулярные правовые статусы для отдельных категорий субъектов, это рассматривается как противоречие принципу равенства правоспособности.

Соответственно, если теоретик не готов провести радикальные «преобразования» частного права в духе разрушения принципа формального равенства или не в состоянии предложить рациональную альтернативу существующей частноправовой системе, то ему приходится сохранять общие абстракции в сфере частного права.

Изложенное позволяет понять причины того довольно противоречивого статуса категории субъективного (частного) права в рамках «юриспруденции интересов». Логичным было бы предположить, что некоторая маргинализация категории субъективного права неизбежна. По крайней мере, логичной выглядела бы трактовка субъективного права как разновидности «структурных, или упорядочивающих понятий» (*Ordnungsbegriffe*). В самом деле, если трактовать всю сферу частного права как серию партикулярных конфликтов, то столь универсальная абстракция, если и требуется, то исключительно для облегчения изложения материала, а не как элемент методики разрешения самих конфликтов. Конфликты слишком связаны с социальным контекстом, частно слабо взаимно «переводимы», поэтому общий принцип частно найти и невозможно, и нежелательно. Единственное, для чего может быть полезна подобная абстракция, так это для структурирования материала в целях его необходимого упрощения. В переводе на язык «юриспруденции интересов» категория субъективного права должна рассматриваться как часть «внешней системы» (*äußeres System*), как «структурное понятие». К такому выводу, по всей видимости, склоняется Г. Штоль[1].

Однако позиция Хека несколько отличается от вышеприведённой. В конце монографии об «образовании понятий» есть довольно любопытное замечание относительно теорий субъективного права Б. Виндшайда и Р. фон Иеринга, т.е. классической волевой теории и теории интереса. Рассуждая о связи «структурных понятий» и «понятий-интересов», Хек отмечает, что бывают ситуации, когда один и тот же термин обозначает два различных объекта:

[1] Stoll H. Op. cit. S. 173.

в одном случае речь идёт о структурном понятии, в другом – о «понятии-интересе»[1]. Так, волевая теория субъективного права представляет собой «структурное понятие», а теория интереса Иеринга «хотя и неудачно выраженное»[2], но «понятие-интерес».

Смысл этого утверждения не совсем ясен. Относительно «структурного понятия» Виндшайда сомнений не возникает. Категория субъективного права, понимаемая как «юридическая возможность», используется как способ классификации институтов частного права, которые ещё со времён Пухты классифицировались по видам «господства» субъекта над различными типами объектов (индивидуально определённые вещи, поведение, нематериальные объекты). Трудность возникает с тем, как трактовать субъективное право как «понятие-интерес». Какую функцию это понятие будет иметь в рамках сугубо объективно-правовой трактовки частного права как порядка конфликтов интересов? Хек не комментируетэтот вопрос. Вероятно, здесь сказывается присущий ему скепсис относительно универсальных абстракций в частном праве.

Значительно позже уже в рамках другого направления науки частного права, так называемой «юриспруденции ценностей» (*Wertungsjurisprudenz*), были сделаны небезынтересные попытки трактовки категории субъективного права как части «внутренней системы» и в духе «понятий-интересов». «Юриспруденция ценностей» гораздо выше ценит традиционные абстракции частного права, с чем в значительной степени связан тот факт, что некоторые версии этой теории предприняли оригинальные попытки обоснования категории субъективного права и других базовых абстракций цивилистики, рассматривая их именно в ценностном ключе[3].

В частности, такую трактовку категории субъективного (частного) права в духе «внутренней системы» предпринял Франц Быдлински. С его точки зрения, категория субъективного права выражает ценность самоопределения и свободы личности[4]. Соответственно, правотворчество, а особенно толкование и применение норм частного права должны выстраиваться с учётом этого императива. При этом частная автономия является одним из принципов частного права и необходимо учитывать и другие ценности частного права, которые могут взаимно конкурировать.

Иными словами, «юриспруденция ценностей» позволяет использовать абстракцию

---

[1] Heck Ph. Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz. S. 208.
[2] Ibidem.
[3] Здесь необходимо сделать важное пояснение. Категория ценности заменила категорию интереса в качестве системообразующей для «юриспруденции ценностей», и этим последняя и отличается от «юриспруденции интересов». Исходная идея «юриспруденции ценностей» состоит в том, что конфликт интересов разрешается правопорядком с опорой на оценку интересов и, соответственно, на некоторую иерархию ценностей. По этой причине именно понятие ценности, а не понятие интереса оказывается первичным. По этой причине на языке «юриспруденции интересов» выявление у категории субъективного права ценностного компонента следует трактовать как «понятие-интерес».
[4] Bydlinsky Fr. Op. cit. S. 137–139.

субъективного права не только для целей классификации и систематики, но и для целей восполнения пробелов и разрешения противоречий, т.е. в буквальном смысле, для создания новых норм права, при условии, разумеется, что речь идёт об основанном на ценности, а не сугубо структурном понятии субъективного права. Хек, вероятнее всего, не согласился бы с таким пониманием и отнёс его к варианту «юриспруденции понятий».

Подводя итоги рассмотрению проблемы трактовки категории субъективного права в рамках наиболее продвинутых современных версий теории интересов, представляется необходимым отметить следующее.

Во-первых, как мы пытались продемонстрировать выше, любая теоретическая модель, основанная на понятии интереса, будучи последовательно проведённой, естественным образом тяготеет к объективно-правовой трактовке частного права. Если рассматривать частное право как серию конфликтов интересов, а задачу правотворца и правоприменителя трактовать в ключе «социальной инженерии», то основным инструментом частного права будут предписания объективного права, с помощью которых эти конфликты находят своё разрешение.

В то же время, во-вторых, ориентация на анализ социальных интересов, лежащих в основе предписаний объективного права, резко отличает «юриспруденцию интересов» от узких легистских трактовок частного права и одновременно выдвигает категорию интереса на роль базовой абстракции частного права (вместо классической «последней абстракции частного права – категории субъективного права). Одновременно техника анализа и оценки интересов позволяет несколько расширить сферу судейского усмотрения, в первую очередь, в направлении учёта социальных последствий того или иного правоприменительного решения, оставаясь при этом в рамках общей юридико-позитивистской парадигмы «подчинения закону». Думается, что именно этот удачный синтез относительной свободы судейского усмотрения, методики принятия во внимание социальных последствий правоприменения при одновременной однозначной ориентации на «волю законодателя» стал основной причиной безусловного успеха «юриспруденции интересов» и даже произведённой ею методологической революции. В этом непреходящая огромная заслуга Филиппа Хека.

В-третьих, эти особенности и противоречия «юриспруденции интересов» со всей полнотой отразились в характере трактовки категории субъективного права. Здесь была предпринята попытка редуцировать категорию субъективного права исключительно к средству классификации и описания частноправового материала и элиминировать её значение для правотворчества, толкования и применения норм частного права. Естественно, что при этом категории субъективного права утрачивает той системообразующий характер, которым она обладала в рамках классических версий частного права.

В-четвёртых, как представляется, «юриспруденции интересов» не удалось успешно сформулировать альтернативную версию частного прав главным образом вследствие того, что понятие интереса слишком аморфно и ориентировано на партикулярные контексты конкретных частноправовых конфликтов, в то время как для формирования полноценной системы частного права требуется использование абстрактного языка (коммуникативная функция общих понятий и контрольная функция в отношении соблюдения принципа формального равенства субъектов частного права), что и обеспечивается классическимиабстракциями частного права, в том числе посредством категории субъективного права.

В-пятых, можно сделать вывод о том, что лежащая в основе «юриспруденции интересов» концепция частного права как серии отдельных конфликтов интересов не позволяет создать самостоятельную полноценную дисциплину, которая могла бы выступать в качестве альтернативы классической модели частного права. Анализ интересов может лишь дополнять, но не замещать основанную на абстрактных понятиях классическую цивилистическую догматику.

2.3. Современные версии теории интереса

Концепция субъективных прав в широком смысле составляет краеугольный камень западной правовой и этической традиции. От него немыслимо отказаться без того, чтобы эрозии подверглись сами основы цивилизации, основанной на иудео-христианской культуре. С другой стороны, утилитаризм в той же мере представляет собой одну из основ современной западной цивилизации и культуры. По этой причине попытки вписать концепцию субъективного права в утилитаристский контекст или, наоборот, создать утилитаристски ориентированную теорию субъективных права носит гораздо более универсальный характер, не ограничиваясь исключительно специфическим германским контекстом несовместимости утилитаризма и германской деонтологической традиции. Чтобы доказать этот тезис, обратимся к современным вариантам теории интереса, которые, как ни парадоксально это может прозвучать, возникли на почве англосаксонской правовой культуры. Предварительно необходимо сделать ряд замечаний. Современный англо- американский вариант теории интереса возник в рамках аналитической традиции философии права. Иными словами, строго говоря, этот дискурс выходит за рамки собственно частного права. Современная теория интереса исходит из того, что она универсально применима к любой области права и не ограничивается лишь частным правом. Хотя, как мы убедимся ниже, большинство её постулатов, риторических тропов и парадигм по-прежнему касаются частного права и восходят к взглядам Иеринга.

Тем не менее анализ современных англо-американских версий теории интереса обладает самостоятельной ценностью и для цивилиста. Важнейшее достоинство современной теории интереса состоит в применении аналитического аппарата для детального логического анализа понятия интереса, его явных и скрытых импликаций и противоречий. Аналитическая традиция философии права особенно пригодна для осуществления этой задачи. Для континентального цивилиста это может приобретать особую ценность, поскольку континентальный стиль юридической науки гораздо более метафизичен и тяготеет к широким, но весьма приблизительным абстракциям и обобщениям. Это немыслимо в рамках англосаксонской аналитической традиции, которая предпочитает строгий логический анализ понятий и лингвистический анализ их употребления. Это позволяет добиться гораздо более высокой точности категориального аппарата и осмысленности использования понятий. С точки зрения аналитики понятия интереса это имеет особое значение, учитывая крайнюю абстрактность понятия интереса в том виде, в котором оно реконструируется в ведущих континентальных версиях теории интереса, преждевсего у Р. фон Иеринга и Ф. Хека.

Несколько упрощая, можно сказать, что классические континентально-правовые версии

теории интереса никогда не заботились о логической точности выдвигаемых ими вариантов теории. Более того, именно относительная неопределённость понятия интереса позволяла выдвигать его на первые позиции в теории частного права. По этой причине подробный логический анализ категории интереса и его применимости в частном праве не проводился. Между тем это представляется крайне необходимым и способно продемонстрировать все недостатки теории интереса особенно чётко.

Именно это задачу и решила современная англо-американская версия теории интереса. Мы остановимся на анализе, реконструкции и критики двух её наиболее важных версий, связанных с именами двух выдающихся англо-американских философов права – Джозефа Раза и Мэтью Крамера.

Несомненно, важнейшим и наиболее интересным вариантом теории интереса в современной правовой теории является теория субъективного права Джозефа Раза. Раз предпринял интереснейшую попытку синтеза утилитаристского правопонимания и категории субъективного права. Основной тезис теории Раза гласит, что (субъективные) права являются не коррелятами юридических обязанностей, а их *основаниями*[1]. Это означает, что существование субъективного права не обязательно предполагает существование корреспондирующей ему юридической обязанности. Скорее субъективное право представляет собой презумпцию существования специального и требующего особой защиты интереса. Этот интерес обычно защищается объективным правом как раз посредством установления обеспечивающих его реализацию юридических обязанностей. Но из самого факта существования права-интереса не следует *с необходимостью,* что оно будет *во всех случаях* обеспечено путём установления юридических обязанностей. В некоторых случаях принимаются во внимание альтернативные интересы и степень интенсивности их проявления, и их важность столь велика, что этого оказывается достаточным, чтобы отказать в защите соответствующего права-интереса в пользу несовместимого с ним альтернативного интереса.

Возникает вопрос: а чем же, собственно, описанная методология отличается от обычной для утилитаристской правовой теории «взвешивания» различных несовместимых или частично несовместимых друг с другом интересов с целью поиска их баланса? То есть опять-таки: зачем называть интерес субъективным правом? Тонкость позиции Раза заключается в том, что, по его мнению, право-интерес – это *особый интерес.* Это означает, что при прочих равных всегда следует предпочитать именно этот привилегированный интерес, за исключением особых случаев, когда сила соображений, основанных на альтернативных интересах, столь велика, что их следует предпочесть праву-интересу.

Обычный механизм «взвешивания» интересов с целью определения и оптимального баланса

[1] Raz J. Morality of Freedom. Oxford: Oxford University Press, 1986. P. 180.

в конкретном случае исходит из того, что все релевантные интересы следует принимать во внимание, но ни один из них *prima facie* не обладает приоритетом перед другими. Приоритет одного из интересов является результатом процесса поиска баланса интересов, а не его предпосылкой.

Раз же предлагает иную конструкцию. Некоторые интересы настолько важны, что *primafacie* рассматриваются как исключительные и на этом основании исключаются из процедуры «взвешивания». И только в случае, если выяснится, что альтернативные интересы сильно перевешивают право-интерес, то презумпция в его пользу опровергается. Вот эти-то интересы, которые столь важны, что исключают *prima facie* применение к ним процедуры сравнения и балансировки с другими интересами, и называются субъективными правами. С известной долей условности можно сказать, что права с точки зрения Раза представляют собой опровержимые презумпции в пользу правовой защиты определённых интересов.

Почему субъективные права представляют собой основания обязанностей? Потому что сам по себе факт наличия существенного интереса (права), заслуживающего правовой защиты, ещё не влечёт обязательного вывода, что эта защита будет реально предоставлена правопорядком *во всех случаях*, поскольку может случиться так, что альтернативные соображения, основанные на других интересах, перевесят основание, вытекающее из права- интереса. Но *по общему правилу*, если интерес признан правопорядком существенным (и получил статус права-интереса), то ему должна быть гарантирована юридическая защита, как правило, в виде юридической обязанности. Эта «презумпция» в пользу существования юридической обязанности и наделяет право-интерес той обязательной юридической силой, которая отличает право-интерес от обычного интереса, подлежащего «взвешиванию»[1].

Концепция Джозефа Раза позволяет решить сразу несколько проблем, с которыми столкнулась классическая теория интереса. Во-первых, становится ясна функция категории субъективного права в рамках утилитаристски ориентированной правовой теории. При помощи категории субъективного права некоторые категории интересов *изымаются* из процедуры «взвешивания» и поиска баланса, получая *prima facie* привилегированный статус.В то же время эти интересы не изымаются совсем, как это имеет место в рамках классической волевой теории субъективного права, а лишь предварительно, при прочих равных. Это гибкое решение позволяет совместить обязательную силу субъективных прав с необходимостью постоянного поиска оптимального решения путём балансировки противоречащих друг другу интересов.

Во-вторых, становится понятным тот привилегированный статус, который категория субъективного права занимает в частном праве, что было необъяснимо с точки зрения

[1] Найджел Саймондс называет эту обязательную юридическую силу права-интереса *peremptory force* (см.: Simmonds N.E. Op. cit. P. 201, 203).

классической теории интересов. Субъективные частные права с этой точки зрения должны рассматриваться в качестве особо важных интересов, подлежащих юридической защите. Юридизация этих особо важных индивидуальных интересов осуществляется при помощи их обеспечения юридическими обязанностями. Соответственно, центральный характер категории субъективного частного права вытекает из особой социальной важности интереса, который лежит в его основе. Если наложить эту идею на существующую континентально-правовую систематику частного права, то получается, что вещные, обязательственные, исключительные и корпоративные права выделяются не по их структурным различиям, а потому что они воплощают наиболее важные с точки зрения логики имущественного оборота интересы. А уже всё остальное, в том числе их структурные различия друг от друга, вытекают именно из важности для оборота соответствующих интересов, а не наоборот.

Иными словами, современная теория интересов в известной мере реставрирует важность традиционных догматических фигур классической цивилистики. Парадоксальным образом новая теория интереса ориентирована на когерентность частного права, в то время как классическая теория интереса именно их игнорировала[1]. И всё это достигается в рамках общей утилитаристской методологии. Уже одно это соображение заставляет квалифицировать конструкцию Раза как выдающуюся попытку концептуализации субъективного права.

Тем не менее новая теория интереса не свободна от недостатков и противоречий, которые не позволяют принять её в качестве базовой для современной цивилистической теории. Можно выделить несколько проблемных моментов, которые вызывают сомнения. Прежде всего по-прежнему не вполне ясно, чем объективное право отличается от субъективного. Юридическая защита интереса путём установления обязанности осуществляется объективным правом. Признание интереса правом вытекает из толкования нормы права, обычно телеологического толкования, поскольку категория «важности» или «существенного характера» интереса носит оценочный характер и не может быть истолкована буквально без помощи телеологических и аксиологических техник интерпретации.

Более того, сама норма (объективного) права, по мнению Раза, уже представляет собой так называемое «исключительное основание» к поведению субъекта (*exclusionary reason for conduct*)[2]. Исключительными основаниями являются такие, которые исключаются из сравнения (взвешивания) с другими. Например, некто обещал встретиться со своим знакомым в определённом месте в определённое время. Если впоследствии этот человек изменил свою решение под влиянием альтернативных соображений, например, если он плохо себя почувствовал, то вопрос о том, какую линию поведения ему предпочесть, может решаться

[1] Simmonds N.E. Op. cit. P. 203.
[2] Raz J. Practical Reason and Norms. Oxford: Oxford University Press, 1990. P. 35–48.

двояко. Во-первых, оба основания к поведению (обещание встречи и болезнь обещающего) могут трактоваться как однородные по своей природе обстоятельства, равным образом заслуживающие принятия во внимание при принятии решения. В таком случае принимающий решение должен сравнить относительную важность каждого из оснований и определить, какое из них сильнее. Возможна другая стратегия. Можно признать одно из обстоятельств (обещание встречи) отличным *качественно* от другого в том смысле, что противоречащие ему основания поведения должны исключаться из оценки как факторы, подлежащие принятию во внимание. Тогда обещание (в нашем случае) должно исполняться всегда независимо от противоположных соображений, которые просто исключаются из рассмотрения. В этом и заключается смысл понятия исключительности оснований поведения.

Так вот, нормы права, по мнению Раза, как раз и представляют собой такие исключительные основания поведения. Норма права предписывает определённое поведения, исключая основания к противоречащему ей поведению. Последние просто не должны учитываться соответствующим субъектом. Разумеется, в некоторых случаях возможно исключение из исключительности. Но презумпция всегда существует в пользу исключительности.

Как мы видим, Раз просто приложил свою теорию норм к субъективным правам. И те, и другие представляют собой исключительные основания к поведению (особо важные интересы). И те и другие могут подразумевать исключения из исключительности. И те, и другие основаны на опровержимой презумпции в пользу исключительности основания (важности интереса). Но в таком случае возникает вопрос, а какова здесь роль и функция субъективного права. Субъективное право не просто оказывается производным от нормы права, оно полностью идентично норме права. Понятие интереса опять-таки, как в рамках классической теории интереса, ничего не добавляет. Ведь важность интереса определяется исходя из телеологического толкования нормы, т.е., чтобы определить, важен ли интерес, нужно понять цель объективно-правового предписания.

Второй момент критики теории Раза связан с тем, что права-интересы могут сталкиваться и друг с другом. Значит, чтобы определить приоритет одного из них, их нужно балансировать при помощи процедуры «взвешивания» интересов. Но ведь права-интересы по определению исключают взаимное взвешивание, в этом, по мнению Раза, их суть как субъективных прав. Соответсвенно, либо их нельзя «взвешивать» друг с другом, но тогда не ясно, каким ещё образом разрешать коллизии между ними, либо их можно взвешивать, но тогда они не являются субъективными правами.

Ещё одна хроническая проблема любых вариантов теории интереса касается непосредственно самого понятия интереса. В рамках концепции субъективного права Раза существенный интерес является основанием предоставления защиты (путём создания

юридических обязанностей, обеспечивающих этот интерес). Соответственно, из факта признания существенности интереса и того, что он заслуживает юридической защиты, не вытекают непосредственно характер и объём предоставляемой правопорядком защиты. Это резко отличает теорию интереса от классической волевой теории субъективного права.

В рамках волевой теории из понятий «господства воли» над объектом и «сферы исключительного контроля» управомоченного можно было непосредственно вывести и структуру обязанностей, и периметр защиты, и её объём. Понятие «исключительное господство над индивидуально определённой вещью» имплицировало вполне определённый дизайн обязанностей и связанности на стороне обязанных лиц и вполне определённый набор правомочий на собственное поведение, правомочий на чужое поведение и правомочий на изменение чужой правовой сферы. То же самое касается и понятия «юридической власти над чужим поведением». Другое дело, что в рамках волевой теории существовали собственные неразрешимые противоречия. Но в аспекте чёткости понимания, что значит предоставить управомоченному субъективное право, волевая теория подразумевала довольно строгую и ясную концепцию. Субъективное право трактовалось как приобретённое право и как право, предоставляющее более или менее высокую степень контроля субъекта над объектом.

Теория интереса, напротив, в этом отношении страдает высокой степенью неопределённости. Периметр защиты существенного интереса трудно вывести непосредственно из понятия интереса. В этом смысле понятие интереса страдает гораздо большей неопределённостью, нежели понятие «господства воли над объектом», которое тоже обвиняли в неопределённости. Но из понятий господства или контроля над объектом права вытекает куда больше автоматических следствий, касающихся характера предоставляемой защиты, чем из понятия важного или существенного интереса. Интерес «слабее» господства или контроля, и в объём этого понятия может войти гораздо больше феноменов, что делает его в значительной степени формально неразрешимым. Соответственно, конкретный юридический дизайн защиты важного или существенного интереса непосредственно из него не выводится, а требует отдельного политико-правового решения при помощи норм объективного права, т.е. при помощи того же механизма «взвешивания» интересов и определения их оптимального баланса. Что будет в таких условиях означать «презумпция в пользу важного интереса», не вполне понятно.

Ещё одной проблемой теории интереса в её разианской версии является то, что в целом ряде случаев предоставление субъективного права диктуется главным образом не интересами самого управомоченного, а общественными интересами. В этой связи часто приводится следующая ситуация, касающаяся права журналиста на сохранение в тайне источников информации,

имеющей важное общественное значение[1]. В рассматриваемом случае интерес общества в обнародовании общественно значимой информации – это то, что оправдывает предоставление журналисту права сохранять в тайне источники этой информации. Его собственный интерес менее значим по сравнению с общественным, хотя они и совпадают по содержанию, не противоречат друг другу. Однако в данном случае очевидно, что отнюдь не индивидуальный интерес обосновывает наделение субъективным правом.

Для того чтобы решить эту проблему, Раз вносит в свою теорию корректив: в тех случаях, когда индивидуальный интерес и интерес общества совпадают, нет и оснований их противопоставлять[2]. Тем не менее проблема сохраняется: основой наделения субъективным правом служит не тот интерес, который должен в соответствии с постулатами теории интересов.

Таким образом, попытку ввести концепцию субъективных прав в рамки утилитаристски ориентированной теории права вряд ли можно считать удачной. Это в равной мере относится как к классической теории интереса, так и к современной её версии. Решение проблемы сущности и функций субъективного (частного) права нужно искать в каком-то другом месте, отвечая на вызов, поставленный кризисом классической волевой теории субъективного частного права.

В рамках всех версий теории интереса субъективное право представляет собой, посуществу, маркер важности определённого индивидуального или социального интереса, из которого вытекает только необходимость как-то принять его во внимание. Реальных юридических функций это понятие в рамках теории интереса не выполняет. Его роль можно описать как экспрессивную, идеологическую и систематическую. Под экспрессивной функцией понимается как раз та роль маркера, внешнего признака признания правопорядком важности соответствующего индивидуального интереса. С этой функцией тесно связана идеологическая функция, которая заключается в том, что таким образом прочно ассоциируемая с самими основами нашей цивилизацией концепция прав индивида находит своё место в рамках столь же важной для современной культуры утилитаристской этики, которая, как было продемонстрировано выше, не очень хорошо совмещается с первой концепциеё. Наконец, систематическая функция заключается в том, что при помощи понятия важного или существенного интереса оправдываются существующие в частном праве исторически сложившиеся догматические конструкции. Понятие интереса как бы накладывается на понятия вещного, обязательственного, интеллектуальных и корпоративных прав, и тем самым исторически сложившая догматика получает дополнительную легитимацию.

[1] Cruft R. The Circularity of the Interest and Will Theories of Rights // New Essays on the Nature of Rights /Ed. by M. McBride. Oxford: Portland, Hart Pub., 2017.
[2] Raz J. Morality of Freedom. P. 179.

Таким образом, реальных регулятивных функций категория субъективного права в рамках теории интереса не выполняет. Она является лишь своеобразным «реверансом» в отношении правовой и культурной традиции в изменившихся социальных условиях.

Недостатки конструкции Джозефа Раза не укрылись от внимания наиболее проницательных сторонников теории интереса, которые предприняли ряд попыток усовершенствовать теорию Раза или предложить ей альтернативы, оставаясь при этом в рамках общей схемы, определяющей субъективное право при помощи категории интереса. Наиболее интересной, аналитически строгой и убедительной конструкцией такого рода следует, вне всякого сомнения, считать концепцию выдающегося современного философа права Мэтью Крамера[1].

Крамер отверг фундаментальный тезис Раза, в соответствии с которым право является основанием, а не коррелятом обязанности. Крамер придерживается более традиционного аналитического понимания субъективного права как коррелята юридической обязанности. При этом, как и все другие версии теории интереса, концепция Крамера исходит из того, что существо субъективного права состоит в обеспечении интереса управомоченного. Интерес понимается как возможность пользоваться определённым социальным благом.

Очевидно, что столь широкое понимание категории интереса требует определения тех критериев, которые позволили бы отграничить те интересы, которые обеспечивают предоставление субъективных прав, от тех, которых недостаточно для закрепления за интересантом субъективного права. Альтернативой определения такого рода критерия будет только полное отождествление права и интереса, что трудно себе представить, поскольку очевидно, что далеко не всякий интерес субъекта обеспечивается юридически, тем более не каждый интерес обеспечивается путём наделения субъективным правом[2].

Крамер предлагает такой критерий, взяв за основу «тест Бентама»[3]. По мнению Крамера, носителем субъективного права следует признавать субъекта, которому, по общему правилу, исполнение обязанности приносит выгоду, неисполнение обязанности, соответственно причиняет вред. При этом не требуется, чтобы польза и вред действительно возникали *во всех* без исключения случаях применительно ко всем без исключения *субъектам.* Достаточно

---

[1] Основные публикации Крамера, касающиеся теории интереса: Kramer M. Rights without Trimmings // Kramer M., Simmonds N., Steiner H. Debate over Rights: Philosophical Enquiries. Oxford: Oxford University Press, 1998; Idem. Getting Rights Right // Rights, Wrongs and Responsibilities / Ed. by M. Kramer. London, Palgrave Macmillan, 2001. P. 28–95; Idem. Refining the Interest Theory of Rights // American Journal of Jurisprudence. 2010. Vol. 55. No. 1. P. 31–39; Idem. Some Doubts about Alternatives to the Interest Theory of Rights // Ethics. 2013. Vol. 123. No. 2. P. 245–263; Idem. In Defence of the Interest Theory of Right-Holding: Rejoinders to Leif Wenar onRights // New Essays on the Nature of Rights / Ed. by M. McBride. Oxford: Portland, Hart Pub., 2017. P. 49–84; Kramer M., Steiner H. Theories of Rights: Is There a Third Way? // Oxford Journal of Legal Studies. 2007. Vol. 27. Issue 2. P. 281–310.

[2] Frydrych D. Taking Rights Way Too Seriously: Kant, Hohfeld, and Evaluating Conceptual Theories of Rights: A thesis submitted in conformity with the requirementsfor the degree of Master of Laws. Graduate Department of the Faculty of Law University of Toronto, 2010. P. 46 // https://tspace.library.utoronto.ca/bitstream/1807/25585/6/Frydrych_David_G_201011_LLM_Thesis.pdf.

[3] О «тесте Бентама» подробнее см.: Hart H.L.A. Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Theory. P. 177–179.

только, чтобы польза и вред рассматривались как нормальные стереотипные и типичные последствия исполнения или неисполнения юридической обязанности.

Последнее уточнение требуется Крамеру для того, чтобы отделить ситуацию итерересанта – носителя субъективного права от просто выгодоприобретателя. Отличие, в соответствии с логикой Крамера, состоит в том, что носитель субъективного права является нормальным естественным и необходимым выгодоприобретателем, в то время как просто выгодоприобретатель получает доступ к благу (или ущерб, если обязанность не исполнена) случайно, косвенно и в качестве побочного эффекта исполнения (неисполнения) юридической обязанности.

Рассматриваемая конструкция позволяет, по мнению Крамера, решить проблему отграничения третьего лица – выгодоприобретателя в обязательствах в пользу третьего лица, которая справедливо рассматривается в качестве серьёзного аргумента против теории интереса. Представим себе следующую ситуацию. A обещал своему брату B заплатить определённую сумму их сестре C. Классическая ситуация договора в пользу третьего лица. Можно ли считать C обладателем права требования к A? По мнению Крамера, ответ должен быть безусловно положительным, поскольку правовое положение C соответствует тесту Бентама в интерпретации Крамера. В самом деле, C получает выгоду непосредственно в результате исполнения A своей обязанности, а неисполнение A своей обязанности наносит вред C. Представим себе, однако, что у C есть дочь D, на удовлетворение потребностей которой C и намеревалась потратить эту сумму. Является ли D субъектом права требования по отношению к A? Никоим образом, полагает Крамер. Дело в том, что интерес D не вытекает непосредственно из обязательства A. Более того, C вправе свободно распоряжаться суммой, подлежащей уплате со стороны A, и это означает то, что C может потратить её не только на удовлетворение потребностей и интересов D. Отсюда следует вывод, что интересы D не связаны необходимым образом с обязательством A, вследствие чего негативные имущественные последствия для D не являются значимым интересом, превращающим D в обладателя субъективного права.

Основная проблема этой весьма интересной теоретической конструкции состоит в сложности отграничения выгодоприобретателя – кредитора от выгодоприобретателя, не обладающего этим статусом. Дело в том, что Крамеру необходимо одновременно выполнить сразу несколько условий, которые находятся во взаимном противоречии. Во-первых, в качестве кредитора (носителя субъективного права) в рассматриваемом примере необходимо трактовать как C, так и B. Нельзя забывать, что уплата денежной суммы в пользу C обещана B, поскольку договор заключён между A и B, хотя и в пользу C. Соответственно, исключить B в качестве управомоченного никак невозможно. Но доказательство статуса B в качестве носителя субъективного права представляет для сторонника теории интереса дополнительную

сложность. Для того чтобы квалифицировать B в качестве управомоченного, необходимо признать его интерес, соответственно выгоду от исполнения обязанности и ущерб от её неисполнения. Но это-то и не так просто, учитывая то, что очевидные выгоды и ущерб безусловно возникают у выгодоприобретателя C, а вот выгоды и ущерб B представляются гораздо менее очевидными. Можно, естественно, предположить, что интерес B состоит в том, чтобы был удовлетворён интерес C. Но этот интерес, даже если его воспринимать всерьёз, не носит самостоятельного характера и чрезвычайно расширяет категорию интереса, делая её безразмерной. Или можно заключить, что B обладает интересом в сохранении свойственного субъекту морального статуса субъекта обещания, который оказался бы под угрозой в случае неисполнения A своего обещания[1]. Но и это лишь делает понятие интереса семантически неразрешимым, ибо под него оказывается возможным подвести практически всё, что угодно.

Истоки рассматриваемой проблемы заключаются в том, что с точки зрения теории интереса именно выгодоприобретатель, т.е. субъект выгод и ущерба, связанного с (не)исполнением обязанности, и является носителем права, коррелирующего обязанности. Других критериев определения управомоченного просто нет. Но «первоначальный» кредитор B не является выгодоприобретателем по определению. Соответственно, либо необходимо его не признавать носителем субъективного права, что крайне сложно, либо прибегать к весьма искусственному расширению логического объёма понятия интереса. Сторонники теории интереса всегда предпочитают второе, а неопределённость категории интереса к этому весьма располагает.

Вторая трудность, с которой сталкивается конструкция Крамера, касается понятия выгодоприобретателя. Как уже отмечалось, далеко не каждый носитель интереса (получатель благ от исполнения обязанности) рассматривается сторонниками теории интереса в качестве носителя субъективного права. Иными словами, нужно ещё как-то определить, какие из выгодоприобретателей являются субъектами права, а какие – нет.

Таким образом, получается довольно парадоксальная ситуация. С одной стороны, в основе понятия субъективного права лежит отождествление статуса управомоченного с обладанием интересом и обеспечением доступа к пользованию блага. С другой стороны, далеко не каждый интерес и доступ к благу гарантируют наделение субъективным правом. Наконец, есть ситуации, когда право предоставляется в случае, когда об обладании интереса говорить, по крайней мере, трудно (статус B в рассматриваемом примере). Иными словами, субъективное право оказывается не так уж прочно связанным с понятием интереса.

Продемонстрируем это на примере. Для простоты возьмём уже приводившуюся схему обязательства в пользу третьего лица, добавив к ней ещё одну фигуру – бабушку

[1] Kramer M., Steiner H. Op. cit. P. 302.

выгодоприобретателя С, которую мы будем именовать Е[1]. Предположим, что бабушка очень переживает за благо своей любимой внучки и воспринимает факт получения С выгоды от исполнения со стороны А как крайне важное для собственного благосостояния обстоятельство. Можно ли считать Е выгодоприобретателем, обладающим субъективным правом?

Ситуация представляет определённую опасность для сторонников теории интереса, поскольку признание Е носителем субъективного права окончательно безмерно расширяет понятие интереса. Поэтому необходимо отвергнуть предоставление Е субъективного права. Но это сложно, учитывая предоставление статуса кредитора В, который так же, как и Е, обладает лишь интересом в том, чтобы *другое лицо* (С) получило доступ к благу.

Теоретически мыслимы три аргумента против наделения Е статусом управомоченного (при одновременном сохранении за В этого статуса)[2]. Во-первых, логично утверждать, что В является стороной (кредитором) в договоре в пользу третьего лица, который является основанием для приобретения блага со стороны С. В то же время Е не имеет формального отношения к этому договору. Проблема в том, что и С не является, строго говоря, стороной этого договора. Во-вторых, можно, например, утверждать, что интерес Е не носит самостоятельного характера, поскольку Е заинтересована в благосостоянии С и не имеет собственных «ставок» в рассматриваемом случае. Но ведь и кредитор В также не имеет собственного независимого интереса в деле и его интерес также ограничивается созданием преимуществ для С. Как бы то ни было, но различие между правовым положением В и Е никоим образом не вытекает из *содержания их* интереса, а требует дополнительного обоснования[3]. Наконец, в-третьих, можно квалифицировать интерес Е как несущественный. Но в этом случае мы вынуждены будем искать критерии существенного характера интереса, что практически нереально, учитывая «открытую текстуру» понятия интереса.

Защищая свою теорию, Крамер прибегает к следующему аргументу. Кредитор В обладает интересом прежде всего в том смысле, что неисполнение обязанности, которое ему обещано, негативным образом затрагивает его моральный статус. В то же время ничего подобного не имеет место применительно к Е. Её моральный статус никоим образом не затрагивается неисполнением А своей обязанности[4]. Но в чём состоит отличие? В обоих случаях речь идёт об особой заинтересованности в исполнении в пользу третьего лица. Единственное различие, на которое в этой связи указывает Крамер, заключается в том,что особый интерес В связан с тем, что договор заключён с ним и, строго говоря, *ему* обещано исполнение в пользу С[5]. Но, во-

[1] Пример и его аналитическая реконструкция принадлежит Г. Сринивасану (см.: Sreenivasan G. Public Goods, Individual Rights and Third-Party Benefits // New Essays on the Nature of Rights / Ed. by M. McBride. P. 127–148.
[2] Ibidem.
[3] Ibidem.
[4] Kramer M., Steiner H. Op. cit. P. 302.
[5] Ibid. 302.

первых, это напоминает тавтологию[1]. В является носителем субъективного права (особого квалифицированного интереса) потому, что по договору он является кредитором. Во-вторых, очевидно, что отнюдь не особый «квалифицированный» интерес является основанием его кредиторского статуса, а сугубо формальный момент – его статус зафиксирован в договоре.

Ещё один аргумент в пользу позиции Крамера может принимать следующую форму. Если исходить из того, что интерес должен создавать выгоду или причинять ущерб в случае исполнения или неисполнения юридической обязанности в *нормальном, типичном случае*, то можно сказать, что *нормально* полагать, что лицо, которому обещано исполнение в пользу третьего лица, должно рассматриваться в качестве управомоченного. И с гораздо меньшей уверенностью то же самое можно сказать о ситуации субъекта Е, которая, строго говоря, не имеет к обязательству никакого формального отношения. Но и в данном случае с обоснованием возникает проблема. Эта типичность, нормальность статуса В в качестве кредитора уже предполагается его *формальным* статусом кредитора по обязательству, а не вытекает из его интереса независимо от этого статуса, как того требует теория интереса. Иначе говоря, нормальность и типичность не объясняются наличием интереса, а, напротив, интерес выводится из предварительно постулированной нормальности и типичности.

Это, кстати, является яркой иллюстрацией к тезису, что теории интереса (как классические, так и современные) могут выглядеть более или менее убедительно, лишь заимствуя уже сложившийся в частном праве категориальный аппарат, который ничего общего не имеет с самой теорией интереса, а как раз напротив, в большинстве случаев основан на волевой теории субъективного права.

Ещё один аргумент, который Крамер выдвигает в пользу своей точки зрения, состоит в том, что интерес, которым обладает носитель субъективного права, не должен быть целиком вторичным, сугубо «замещающим» (*vicarious*) интерес другого лица. Таким образом, Крамер пытается исключить ситуации, которые состоят исключительно в достижении чужого, а не собственного интереса[2]. Но и этот аргумент не позволяет чётко и недвусмысленно обнаружить отличия в правовом статусе кредитора В и третьего лица Е. Интересы обоих субъектов можно с полным основанием квалифицировать в качестве вторичных, несамостоятельных и «замещающих». Либо, если полагать, как это делает Крамер, что интерес В носит самостоятельный характер (заключающийся, например, в сохранении «морального статуса субъекта», которому обещано определённое поведение и который заинтересован в выполнении этого обещания и в благосостоянии своей сестры), то и интерес Е следует квалифицировать в качестве самостоятельного и в той же степени относящегося к «моральному статусу субъекта»,

[1] Об опасности тавтологий в рамках теории субъективного права см., например: Cruft R. Op. cit.
[2] Kramer M., Steiner H. Op. cit. P. 303.

заинтересованного в благосостоянии своей внучки[1]. Оба интереса, интересы B и E, носят альтруистический характер, оба интереса вторичны. Невозможно, не используя формально-юридические критерии, обнаружить содержательное различие между ними.

Для того чтобы усилить свою аргументацию, Крамер вводит интересное различие. Предположим, что A, помимо своего обещания произвести выплату в пользу C, обещает E проинформировать её о том, что платёж в пользу C совершён[2]. В таком случае, полагает Крамер, E становится обладателем субъективного права на информирование со стороны A, но по-прежнему не является управомоченным в самом обязательстве в пользу третьего лица. Но и этот ход мысли наталкивается на определённые возражения. Опять-таки не ясно, как изанализа содержания интереса E в повышении благосостояния C, с одной стороны, и интереса E в информировании со стороны A, с другой стороны, прийти к выводу, что первый тип интереса не даёт оснований для предоставления субъективного права, а второй даёт? Оба интереса вторичны, оба носят альтруистический характер. Единственное отличие между ними носит исключительно формальный характер: в одном случае носитель интереса не поименован в договоре, а во втором – прямо назван. Но это различие не вытекает из анализа содержания интересов. Следовательно, сторонник теории интереса не может с полным основанием утверждать, что различие в правовом положении E определяется исключительно различием в интересах. Более того, любое объяснение, в котором фигурирует ссылка на упоминание E в договоре, неизбежно будет уязвимым для обвинений в тавтологии: ведь статус кредитора выводится из того, что упоминание в договоре предполагает статус кредитора.

Ещё один интересный аргумент против теории Крамера касается условий неисполнения обязанности со стороны A. Сринивасан обращает внимание на то, что Крамер не учитывает возможность отказа от права со стороны B. В таком случае неисполнение A своей обязанности не будет рассматриваться в качестве нарушения, которое влечёт ущерб в имущественной сфере C и подлежит возмещению. Иными словами, умаление интереса по- прежнему имеет место, но в рассматриваемом случае это умаление не рассматривается в качестве юридически релевантного. Гораздо интереснее и то, что это лишение интереса правового значения является здесь следствием осуществления кредитором своих правомочий *распорядительного характера*[3]. Иными словами, обладает ли интерес юридическим значением или нет, вытекает не из анализа

[1] Если же считать, что «моральный статус» субъекта, которому обещано исполнение (B), отличается от «морального статуса» субъекта, который просто заинтересован в благосостоянии своего родственника (E), то неизбежен вопрос: а не производен ли этот отличающийся «моральный статус» B от его роли кредитора в обязательстве в пользу третьего лица? Иными словами, «моральный статус» определяется не наличием «особого» интереса, а сугубо формальным юридическим способом.

[2] Kramer M., Steiner H. Op. cit. P. 303.

[3] Sreenivasan G. Op. cit.

содержания понятия интереса, как это следовало бы из постулатов теории интереса, а из совершения волевого распорядительного действия кредитором.

Крамер пытается опровергнуть это рассуждение. Общая логика его аргументации состоит в следующем. Если кредитор В реализовал отказ от права, то исчезло само юридическое основание для обязанности. А раз нет юридической обязанности, то не о чём и разговаривать.

Но проблема состоит в том, как демонстрирует пример с реализацией распорядительных правомочий, что отнюдь не каждое неисполнение обязанности представляет собой нарушение, но в то же время любое неисполнение обязанности порождает ущерб в имущественной сфере выгодоприобретателя. Другими словами, возможна ситуация, когда ущерб и умаление интереса имеют место, а нарушения и права на возмещение ущерба нет. Это означает, что связь права и интереса не носит здесь характера необходимой, что было бы логичным с точки зрения теории интереса[1].

Характерно и стремление Крамера любой ценой релятивизировать значение реализации распорядительных правомочий. Это и понятно с точки зрения последовательного и непримиримого сторонника теории интереса. Распорядительные правомочия в субъективном праве представляют собой ярчайший пример и сильный аргумент в пользу волевой теории, а в рамках современных версий волевой теории и вовсе рассматриваются как суть конструкции субъективного права. Естественно желание последовательного сторонника теории интереса маргинализировать теорию основного конкурента.

Однако значение и роль распорядительных компонентов здесь невозможно отрицать[2]. Именно от реализации кредитором распорядительной власти будет в конечном итоге зависить то, обладает ли интерес выгодоприобретателя юридическим значением или нет.

Крамер пытается опровергнуть и этот аргумент. В частности, он указывает на ситуации, в которых основное право принадлежит одному лицу, а распорядительные правомочия в отношении этого права осуществляются другим лицом[3]. Например, типичным случаем в этом отношении может служить институт представительства.

Проблема, однако, состоит в том, что, например, принудительное осуществление прав бенефициара (т.е. ситуация, когда С предъявляет к А иск о неисполнении последним своей обязанности) также обладает распорядительным эффектом. Между тем право требования должно быть снабжено способностью к принудительному осуществлению и юрисдикционной защите. Крамер является признанным и последовательным сторонником правового позитивизма и известен как раз защитой тезиса о том, что способность к принудительному осуществлению правовых предписаний является важнейшим признаком

[1] Ibid. P. 143.
[2] Sreenivasan G. Op. cit. P. 145.
[3] Kramer M. Rights without Trimmings. P. 60.

права[1]. Таким образом, теоретически по крайней мере одно распорядительное правомочие должно сопровождать обладание правом.

Крамер полагает, что в нормальном случае основные и распорядительные правомочия действительно закрепляются за одним и тем же лицом, которое и рассматривается в качестве носителя субъективного права. Но это не является *логически необходимым*[2].

Но попробуем применить эти рассуждения Крамера к обсуждаемому обязательству в пользу третьего лица. В соответствии с логикой Крамера часть правомочий принадлежит С (право требовать исполнения), а другая часть правомочий принадлежит В (право распоряжаться правом требования). Иными словами, весь объём правомочий распределён между двумя субъектами. Но тогда не ясно, кто из них является субъектом права. Почему Крамер полагает, что субъектом является С, а не В? Только потому, что он не считает наличие распорядительных правомочий логически необходимой часть субъективного права? Между тем очевидно, что распорядительный элемент в данном случае «сильнее», чем элемент права требования, поскольку его реализация может привести к прекращению последнего. Если ужи считать, что один элемент важнее другого, то в качестве такового явно следует квалифицировать именно распорядительный элемент. Как бы то ни было, в целом ряде случаев именно реализация распорядительных правомочий решающим образом влияет на релевантность интересов, а не наоборот.

Проведённый анализ продемонстрировал, как представляется, основную проблему теории интереса. Заключается она прежде всего в том, что невозможно обосновать предоставление конкретному субъекту субъективного права, опираясь исключительно на понятие интереса. Пытаясь решить эту проблему, Крамер, в частности, столкнулся с дилеммой. Либо необходимо чрезмерно расширить понятие интереса, но в этом случае оно теряет свою операциональность: понятие, которым можно объяснить всё, что угодно, не объяснят ровным счётом ничего; либо приходится ограничивать понятие интереса, так сказать, «в ручном режиме» (например, В обладает интересом, а Е – нет), при помощи серии обоснований *ad hoc*. Более того, большая часть этих обоснований опирается отнюдь не на анализ содержания понятия интереса, а, как правило, заимствует категории классической цивилистической догматики, основанных, как правило, на волевой теории.

Отличной иллюстрацией этого вывода является ещё одна довольно серьёзная проблема теории интереса. Речь идёт о неспособности теории интереса чётко определить круг субъектов, которые обладают способностью приобретать субъективные права. В рамках волевой теории этот вопрос не возникает, поскольку способность обладать субъективными правами

[1] См., например: Kramer M. In Defence of Legal Positivism. Oxford: Oxford University Press, 1999.
[2] Kramer M. Rights without Trimmings. P. 61.

оказывается производной от способности совершать юридические акты. Сложнее обстоит дело применительно к теории интереса. Если основой понятия субъективного права считать способность пользоваться благами и претерпевать ущерб (а именно через эти понятия разрывает Крамер понятие интереса), то нужно определить круг субъектов, обладающих подобными способностями. И очевидно, что он будет весьма широк и не ограничен не только дееспособными субъектами, но даже людьми.

В самом деле, способность пользоваться благами может быть обнаружена и у всех живых существ, ну уж по крайней мере у высших животных. Можно ли на этом основании признать всех их субъектами права и обладающими правоспособностью? Из теории интереса вообще-то вытекает положительный ответ на этот вопрос. Тот «гедонистический» принцип (интерес – это возможность пользоваться), который положен в основу теории интереса, не позволяет дискриминировать отдельные категории «пользователей». Все те, кто может пользоваться, т.е. извлекать полезные свойства из блага, и являются обладающими правоспособностью в соответствии с логикой теории интереса. Некоторые современные сторонники прав животных именно этот вывод и делают[1]. При этом, как ни курьёзно это звучит, животным приписывается даже способность реализовывать правомочия компетенционного характера (*legal powers*), т.е. способность совершать действия, направленные на возникновение, изменение и прекращение прав и обязанностей[2].

Крамер по понятным причинам занимает гораздо более осторожную позицию. С его точки зрения обладать правоспособностью могут лишь те категории «пользователей» благ, которые обладают «высшей моральной ценностью» (*ultimate moral value*). Крамер прямо признаёт, что этот критерий не вытекает из содержания интересов, а является «внешним» по отношению к теории интереса[3]. Иными словами, открыто признаётся недостаточность категории интереса как способа определения носителя субъективных прав.

В основе этой проблемы всё та же неспособность теории интереса разграничивать различные виды пользования благами, исключительно исходя из анализа их содержания. В рассматриваемом контексте это представляется особенно очевидным, учитывая постулируемый Крамером аналитический характер отстаиваемой им теории интереса. В данном же случае для того, чтобы отграничить различные категории интересов, Крамер вынужден прибегнуть к внешнему критерию их разграничения, что ещё раз подтверждает мысль о невозможности построить непротиворечивую теорию субъективного права, опираясь при этом исключительно на понятие интереса.

Помимо этого возникают и иные проблемы. Прежде всего, критерий «высшей моральной

[1] Kutki V.A J. A Theory of Legal Personhood. Oxford: Oxford University Press, 2019.
[2] Делается это за счёт необоснованного расширения понятия «*legal power*» (см.: Kutki V.A.J. Op. cit. P. 73).
[3] Kramer M. Getting Rights Right. P. 35.

ценности» также носит неопределённый характер и подразумевает возможность различного толкования. Защитники животных могут с полным основанием утверждать, что любые высшие животные обладают абсолютной моральной ценностью. Это вовлекает нас в спор о ценностях, чего как раз и пытался избежать Крамер, предлагая свой аналитический вариант теории интереса в противовес гораздо более ценностно нагруженной концепции Джозефа Раза. Этого, как мы видим, в полной мере Крамеру не удалось осуществить.

Кроме того, даже если полагать, что критерий «высшей моральной ценности» семантически разрешим, то сомнения возникают, например, применительно к юридическим лицам. Довольно давно уже никто не оспаривает, что юридические лица обладают гражданской правосубъектностью, а, следовательно, обладают способностью приобретать и осуществлять частные права. Но можно ли утверждать, что юридические лица потому могут приобретать и осуществлять частные права, что они обладают «высшей моральнойценностью»?

Проведённый анализ позволяет прийти к выводу, что понятие интереса не пригодно для того, чтобы основывать на нем конструкцию субъективного права. Основная проблема категории интереса состоит в его крайней неопределённости, не позволяющей убедительно ограничить его логический объём. Кроме того, понятие пользования благом, лежащее воснове понятия интереса, не позволяет разграничить различные типы и виды интересов и отделить те из них, которые дают основания для предоставления его носителям субъективных прав, от иных. В результате любой сторонник теории интереса неизбежно сталкивается с дилеммой: или чрезмерно расширить категории интереса, сделав невозможным объяснение с её помощью чего-либо, или вводить дополнительные критерии (формальные, как правило, заимствованные из волевой теории, или этические) отграничения понятия интереса, не вытекающие из его содержания.

2.4. Теория субъективного права У. Хофельда

Классическая волевая теория субъективного частного права исходила из того, что абсолютно все субъективно-правовые феномены (субъективные права, правомочия, полномочия и т. п.) охватываются и могут быть выражены при помощи понятия господства воли управомоченного субъекта. Однако со временем в истинности этого постулируемого волевой теорией монистического понятия субъективного права стали появляться серьёзные сомнения.

Дело в том, что характер, юридическое значение и степень проявления индивидуальной воли управомоченного различны в различных контекстах, в которых речь идёт о субъективных правах. Реагируя на эти сложности, часть доктрины пошла по пути выделения нескольких разновидностей, особых типов субъективных частных прав, не сводимых полностью друг к другу. Наиболее очевидными были различия между правом на собственное поведение и правом на чужое поведение.

Особенность права на чужое поведение заключалась в том, что активность управомоченного в них носит минимальный характер. Его субъективное право реализуется должником путём исполнения корреспондирующей праву юридической обязанности. Применительно к правам на собственное поведение, напротив, активность управомоченного максимальна, а роль обязанных лиц, как правило, невелика и сводится к негативной обязанности не препятствовать управомоченному осуществлять принадлежащее ему право либо к необходимости претерпевать последствия осуществления права. Именно применительно к правам на чужое поведение в германской цивилистической доктрине возникла концепция притязания (*Anspruch*).

Но и в рамках прав на собственное поведение между различными типами субъективно-правовых возможностей существуют серьёзные различия. Права на собственное поведения могут включать в себя правовые возможности фактического характера, например, правомочия владения и пользования вещью как элементы права собственности. Но право на собственное поведение может подразумевать предоставление управомоченному возможности односторонними действиями изменять права и обязанности других лиц. Обе разновидности правовых возможностей относятся к праву на собственное поведение, но сходства на этом заканчиваются. В первом случае право на собственное поведение носит фактический характер. Во втором же случае речь идёт о совершении юридически значимых действий, изменяющих чужую правовую сферу. Для фиксации этого различия в германской доктрине стали использовать не один термин, а два: rechtlches Dürfen – для права на собственное поведение фактического характера, rechtliches Können – для права на собственное поведение юридического характера.

Возник вопрос о соотношении выделенных разновидностей юридических возможностей с

общим понятием субъективного права[1]. Здесь представляется возможным проследить две возможные траектории ответа на этот вопрос. С одной стороны, можно исходить из того, что все три выделенных типа правовых возможностей носят субъективно- правовой характер, при этом их невозможно редуцировать к какой-то единой модели. Но подобный вариант решения проблемы создаёт трудности для формирования единого понятия субъективного частного права. В самом деле, если три вида субъективно-правовых возможностей не сводимы друг к другу, то что у них остаётся общего и что делает их *субъективно-правовыми*?

Второй вариант решения проблемы предполагает более дискриминационный подход: некоторые из разновидностей признаются субъективными правами в техническом смысле, а некоторые – нет. В таком случае в качестве критерия субъективно-правового характера выбирается какой-то признак, который присущ некоторым из трёх типов юридических возможностей, а другим нет. Основная проблема с подобным подходом заключается в том, что объяснение юридической природы тех правовых возможностей, которые не соответствуют этому единому признаку субъективного права. Вместе с тем, указанные правовые возможности традиционно рассматриваются именно как разновидности субъективных прав. Обычно эта проблема не получает удовлетворительного решения, всё ограничивается исключительно указанием на то, что речь идёт о феноменах *sui generis*.

В рамках германской доктрины этот вопрос так и не был урегулирован сколько-нибудь удовлетворительным образом. Как ни парадоксально, помощь пришла с другого континента. Речь идёт о широко известной теперь и оказавшей огромное влияние на всю дальнейшую эволюцию представлений о субъективном праве теорию американского правоведа Лесли У. Хофельда.

Хофельд поставил интересный вопрос: можно ли во всём разнообразии явлений наделения субъектов правами выделить некоторые исходные нередуцируемые структуры, и если можно, то какого они характера? В качестве исходных оснований, своеобразных логических атомов, из которых состоят более сложные «молекулярные» субъективно-правовые структуры, Хофельд выделил четыре пары связей: право требования / обязанность (*claim-right / duty*), привилегия (свобода) / отсутствие права (*privilege (liberty) / no-right*), власть / претерпевание, (*power / liability*), иммунитет / неспособность (*immunity / disability*).

По мысли Хофельда каждый из элементов всех четырёх пар взаимно обуславливается друг с другом и не может существовать один без другого. Они являются коррелятами (*correlatives*) по

[1] В отечественной теориетической литературе проблема известна в связи с предложенной Н.Г. Александровым трёхэлементной моделью содержания субъективного права. См.: Александров Н.Г. Законность и правоотношения в социалистическом обществе. М.: Госюрисдат, 1955, Гл. 2. Большое значение для понимания структурных особенностей субъективного гражданского права имел проведённый М.М. Агарковым структурный анализ понятия обязательства: Агарков М. М. Обязательство по советскому гражданскому праву. Ученые труды ВИЮН. Вып. 3 . М.: Юриическое издательство НКЮ СССР, 1940.

отношению друг к другу. Особенность этих пар состоит в том, что они не могут быть редуцированны к более мелким аналитическим единицам или друг к другу, поскольку у каждого из восьми элементов есть не только коррелят, но и своя противоположность (*opposite*): право требования / отсутствие права, привилегия / обязанность, власть / неспособность, иммунитет / претерпевание.

Пара «право требования / обязанность» примерно соответствует германской концепции притязания. Речь идёт о праве на чужое поведение, которое конструируется по модели обязательственного права. Пара «привилегия / отсутствие права» соответствует германской концепции *rechtliches Dürfen* и представляет собой право на собственное поведение фактического характера. Пара «власть / претерпевание» во многом соответствует германской концепции преобразовательных (секундарных) прав, отсылая к праву на собственное поведение юридического характера. Наконец, пара «иммунитет / неспособность» не имеет адекватного выражения в рамках германской цивилистической традиции. Иммунитет противоположен власти и означает неспособность изменить права и обязанности.

Мы уже отметили, что существует определённое сходство между большинством пар коррелятов Хофельда и тремя типами субъективных частных прав, которые стали в германской цивилистике гораздо более популярной классификацией, нежели классическая дихотомия «вещные / обязательственные права». Тем не менее было бы неточным постулировать их взаимное тождество. Между моделью Хофельда и германской трихотомией существует весьма серьёзное различие не столько структурного, сколько методологического свойства[1].

Дело в том, что пары правомочий Хофельда представляют собой теоретический конструкт, аналитическую модель, а германская трихотомия всё же исходит из того, что классифицируются виды субъективных частных прав. Это отличие отнюдь не случайно и фундировано различным историческим опытом континентального и англо-американского частного права. На континенте цивилисты всегда вынуждены были считаться с наличием тысячелетней традиции развития. Здесь сформировались и довольно прочно устоялись определённые практики и взгляды относительно того, что считать видами субъективных частных прав. По этой причине наука всегда имела дело с уже устоявшейся традицией не только теоретического анализа, но и традиции правоприменения и правопонимания практиков, которые блокировали возможность формирования теоретических схем, идущих вразрез с частноправовой традицией.

В англо-американской юриспруденции, напротив, заниматься абстрактным теоретизированием было в течение длительного времени не принято. Здесь сказывались

[1] При этом структурные различия тоже имеют место (например, отсутствие в германском варианте четвёртой пары «иммунитет / неспособность»).

прагматическая установка по отношению к праву и ориентация преимущественно на решение конкретных проблем правоприменения. Как ни парадоксально, но когда теоретическая рефлексия появилась, теоретики чувствовали себя гораздо свободнее по отношению к традиции. Прежде всего, часто никакой традиции теоретической рефлексии понятия субъективного права и не могло существовать в подобных условиях. Это позволило,в известной мере, «начать с чистого листа».

Другими словами, если континентальные цивилисты, применяя свои аналитические техники, не могли игнорировать правовую традицию, то их англо-американские коллеги имели возможность анализировать существующие сложившиеся в их странах правоприменительные практики с гораздо большей ориентацией на поиск в ней логического компонента. С большой долей условности можно сказать, что германские цивилисты в большей степени практиковали правовую герменевтику тестов традиции[1], а англосаксы – логический анализ практик правоприменения.

Можно было бы возразить, заметив, что любовь к абстрактному теоретическому стилю правоведения представляет атрибут скорее германской, а не англо-американской теории. Это правда. Но речь идёт не о склонности к теории вообще, а о типе теории. Германская цивилистичекая традиция изобилует абстракциями, но это абстракции, которые она сама рассматривает как отражения реально существующих практик и отношений, как сплав должного (нормативный и аналитический элементы) и сущего (реально существующихструктур практики). Для склонного к умозрению и абстрактному теоретизированию англосакса теория – это в первую очередь *теоретическая модель,* иными словами, чистый конструкт, который мы получаем путём логического анализа. Этот конструкт может быть *применён* к реально существующим практикам экономического оборота, но сам ими не является. И разумеется, что логический элемент строго отделяется от исторического, следуя британской эмпирической традиции. Таким образом, если для типичного представителя континентальной цивилистики категория «субъективное право» репрезентирует в первую очередь социальную реальность в её формально-юридическом выражении, то для англо- американского философа права она будет лишь удобным инструментом познания социальнойреальности (правовых практик).

Разумеется, существуют заметные исключения в обоих направлениях. Так, сама концепция «общей теории права», восходящая к поздней пандектистике, предполагает формирование дисциплины, состоящей исключительно из одних абстракций, полученных путём использования пандектистской техники выделения общей части, перенесённой на всё право в целом. Таким образом, общая теория права получается путём выделения общей частиз общих

[1] В немецком языке существует великолепный термин «*Überlieferung*», который обозначает традицию иможет быть переведён как «предание», «передача от поколения к поколению того, что представляет культурнуюценность».

частей всех сфер права[1]. Это, разумеется, справедливо. Как и то, что такого рода формальные дисциплины крайне непопулярны на континенте. Как ни странно, подтверждением этого служит как теоретический стиль науки частного права на континенте, так и прагматический стиль частноправовых дисциплин в англо-американском праве. Если германское частное право изучает реально существующие комплексы феноменов, в которых форма и содержание, логика и опыт слиты до степени неразличимости, то и методология соответствующей дисциплины должна включать изрядную, но не избыточную долю логических абстракций. Если же отраслевая дисциплина у вас ориентирована на практики правоприменения, которые вам надо обобщить и систематизировать, то большинство абстракций можно легко перенести в философию права, которой занимаются, как правило, философы или экономисты[2].

Тезис о различном типологически стиле континентальной (прежде всего германской) и англо-американской доктрин частного права подтверждают интересные рассуждения выдающегося швейцарского теоретика частного права Ойгена Бухера. Он различает два типа цивилистической теории: традиционный и аналитический[3]. Под аналитическим типом теории Бухер понимает теорию, ориентированную на логический анализ и предполагающую однозначность умозаключений и чёткость понятий. Традиционная же теория предполагает тип рассмотрения, ориентированный на традицию, даже если сама эта традиция не отличается достаточной логической последовательностью и чёткостью, которой требует логика или математика.

Аналитическая теория оперирует в основном *номинальными определениями*. Другими словами, значение понятий аналитической теории определяется самим теоретиком. Иначе было бы невозможно сохранить строгость дедуктивных выводов умозаключений. Такая чёткость и логическая строгость могут быть достигнуты, если сами предпосылки (большие посылки силлогизмов) сформулированы самими исследователями. В рамках традиционного типа рассмотрения подобный уровень чистоты и логической строгости не может быть достигнут, поскольку он ориентирован на традицию, т.е. не на то, как сам исследователь формулирует исходные понятия, а как они даны в опыте предшествующей исторической эволюции. Иначе говоря, там, где теоретик аналитического направления может предложить собственное понимание субъективного права и из него уже выводить логические следствия, теоретик традиционного направления имеет дело с имеющимися понятиями и категориями частного права с их уже устоявшимися значениями и противоречиями. Логические противоречия и

[1] Brockmöller A. Die Entstehung der Rechtstheorie im 19. Jahrhundert in Deutschland. Baden-Baden: Nomos, 1997.
[2] Достаточно вспомнить, что самый крупный теоретик права XX столетия Герберт Харт был по базовому образованию именно философом – бакалавриат по юриспруденции просто отсутствует (см.: Lacey N. The Nightmare and the Noble Dream: A Life of H. L. A. Hart. Oxford: Oxford University Press, 2006).
[3] Bucher E. Traditionale und analytische Betrachtungsweise im Privatrecht // Rechtstheorie: Zeitschrift für Logik, Methodenlehre, Kybernetik und Soziologie des Rechts. 1970. Bd. 1. S. 23–44.

приблизительность здесь неизбежны, поскольку соответствующие понятия и категории формировались в результате противоречивого исторического опыта многих поколений людей, а не являются результатом абстрактной логической конвенции. По этой причине абстракции, вырабатываемые в рамках цивилистики традиционного направления, всегда носят характер более или менее близкого приближения к истине[1]. Теоретик же аналитического направления может сформулировать логически безупречные выводы из им же сформулированных посылок, гипотез.

Возникает вопрос, а зачем нужна такого рода абстрактная аналитическая теория, которая отражает лишь сознание самого теоретика, а не реальные практики? Здесь нужно напомнить то, что говорилось выше о типах теорий. С точки зрения аналитика, теория представляет собой исключительно полезный инструмент, эффективность которого оценивается исходя из того, что в социальных практиках этот инструмент позволяет понять и объяснить. Аналитик может сколько угодно «измышлять» самые экзотические гипотезы, но если они не позволяют понять что-то важное в практиках, на них никто не обращает внимания. Таким образом, теоретик аналитического типа тоже связан с практикой, но опосредованно через эффективность его теории, а эффективные теории – это только те, которые дают новый уровень понимания практик и убеждают достаточное число коллег аналитика.

Совершенно иначе представляет себе задачу науки теоретик-традиционалист. Он лишён возможности теоретизировать, отвлекаясь полностью от существующих практик в той их интерпретации, которая вытекает из традиции. Перед ним не только опыт двух тысячелетий развития цивилистической мысли, перед ним и представления, что он изучает саму социальную практику в её юридической форме. Содержание практики неотделимо от её юридической формы. Соответсвенно, теоретику-традиционалисту сложнее опровергать традицию, поскольку юридико-догматическая традиция для него является выражением социальной практики, а не просто собранием мнений множества теоретиков-аналитиков.Здесь связь с практикой прямая, а не опосредованная: теоретик-традиционалист описывает реальность. Отсюда, кстати, и отмеченная Бухером ориентация традиционной теории на реальные, а не номинальные определения. В отличие от номинальных реальные определения предполагают существование самого объекта, признаки которого описываются, в то время как номинальное определение предполагает, что определяются признаки термина, языкового выражения, и им фиксируются именно эти признаки и ничего больше[2]. Для аналитика сама постановка вопроса о «существовании» понятия является логически бессмысленной, поскольку понятие представляет

[1] Ibid. S. 23, 24.
[2] Bucher E. Traditionale und analytische Betrachtungsweise im Privatrecht. S. 25.

собой совокупность признаков, приписываемых определенному языковому выражению[1]. По этой причине, например, вопрос о том, существует ли в российском праве вещный договор, лишён с позиции аналитика какого-либо смысла, поскольку понятие «вещный договор» представляет собой термин, значение которого определяется теми признаками, которые за ним закреплены самим исследователем. Для теоретика-традиционалиста, напротив, вещный договор существует или не существует в реальности в том смысле, что наука частного права изучает сложившиеся феномены, которые существуют объективно, т.е. независимо от сознания самого теоретика или даже консенсуса в группе теоретиков. Кстати, здесь, вероятно, лежит основа термина «юриспруденция понятий» (*Begriffsjurisprudenz*), который закрепился за германской цивилистикой эпохи её расцвета.

Разумеется, существовали и существуют в рамках континентальной традиционной науки теоретики-аналитики, как существовали и существуют в рамках англо-американской науки частного права теоретики-традиционалисты. Но в нашем случае, как представляется, сравнение четырёх пар абстракций из теории Хофельда с тремя абстракциями германской теории субъективного права подтверждают идею о том, что существующее между ними различие вытекает непосредственно из различия между аналитической и традиционной теорией.

Сказанное выше позволяет понять и ещё одно немаловажное обстоятельство. Хофельд не обсуждает вопроса о том, носят ли его четыре пары коррелятов и противоположностей характер норм объективного права или субъективно-правовых возможностей. Это представляется совершенно логичным, ибо, как было показано выше, речь идёт о логических моделях, а не о явлениях реальности. Основная интенция Хофельда состоит в том, чтобы сделать язык описания структур правонаделения более точным, определённым.

Кроме того, англо-американская теория того времени вообще ещё не имела развёрнутого представления о субъективном праве, которое характерно для континентального права. Это блокировало саму возможность постановки вопроса о субъективно-правовом статусе прав требования, привилегий, власти и иммунитетов.

Тем не менее логический анализ правонаделительных структур Хофельда оказал весьма существенное влияние на континентально-правовую традицию, особенно после Второй мировой войны. Естественно, что схема Хофельда была здесь адаптирована к континентально-правовой традиции. Общее направление, в соответствии с которым развивалась рецепция концепции Хофельда, можно определить следующим образом. Пары корреляттов и противоположностей могут быть использованы для описания существующих в континентально-европейской традиции типов и видов субъективных прав. Таким образом, вопрос о субъективно-правовом статусе самих четырёх пар элементов не ставится, а они применяются

[1] Ibid. S. 34.

как логические инструменты к анализу существующих правонаделительных структур. Но под ними понимаются не аналитические модели, как это имело место в рамках концепции Хофельда, а сами существующие фигуры различных типов и видов субъективных частных прав, которые сложились в континентальном частном праве. Это вполне в духе континентальной догматики частного права, для которой, как уже неоднократно отмечалось выше, субъективные частные права представляют собой правовые формы имущественного оборота, а не просто логические средства анализа практик.

В рамках восприятия теории Хофельда на европейском континенте представляется возможным выделить две основные линии развития. Сторонники первого направления пытаются переформулировать типологию субъективных частных прав, основываясь на терминологии Хофельда, превращая при этом то, что у Хофельда фигурировало в качестве логических инструментов, в реально существующие правонаделительные структуры. Вторая из указанных линий просто использует логические элементы теории Хофельда для описания уже сложившихся типов субъективных частных прав. При этом в обоих случаях возникли довольно существенные проблемы и противоречия, которые будут проанализированы ниже.

Германский цивилист Юрген Шмидт предложил переформулировать понятие субъективного частного права следующим образом. Шмидт полагает, что субъективное право включает в себя дозволение, предоставляемое в пользу управомоченного, и абсолютно-правовой запрет всем иным лицам[1]. Дозволение означает предоставленную управомоченному лицу возможность собственного поведения в определённой сфере. Абсолютно-правовой запрет запрещает всем другим лицам аналогичное поведение[2]. Эти структурные компоненты субъективного права могут различным образом отражаться в двух различных типах правомочий, которые он именуют, соответственно, «правомочием действия» (*Aktionsberechtigung*) и «имущественным правомочием» (*Vermögensberechtigung*)[3].

«Правомочие действия» обозначает юридическую возможность собственного поведения управомоченного. Ему корреспондирует обращённый ко всем иным лицам запрет препятствовать управомоченному[4]. «Имущественное правомочие» обозначает право на определённую имущественную ценность, закрепленную за субъектом в исключение всех других лиц[5]. При этом «правомочие действия» и «имущественное правомочие» в отношении одного и того же объекта могут принадлежать разным лицам. Так, в случае аренды «правомочие действия» принадлежит арендатору, а «имущественное правомочие» –

[1] Schmidt J. Aktionsberechtigung und Vermögensberechtigung. Köln; Berlin; Bonn; München: Heymanns,1969. S. 17.

[2] Ibid. S. 17.
[3] Ibid. S. 54.
[4] Ibid. S. 55.
[5] Ibid. S. 57.

собственнику вещи[1].

Интересным в рассматриваемой попытке реконструкции германского учения о субъективных частных правах является прежде всего изменение его стилистики в направлении куда большей степени абстракции, чем это было традиционно принято. В самом деле, здесь нет и следа от традиционных для континентальной традиции понятий вещного и обязательственного права или даже трихотомии (права господства, притязания и секундарные права). Взамен выделяются две абстрактные структуры, которые служат анализу вещных, обязательственных, исключительных и корпоративных прав. В этом смысле «правомочия действия» и «имущественные правомочия» понимаются Шмидтом именно как инструменты логического анализа, удобные способы теоретической дескрипции, а не явления реальности. Здесь, вне всякого сомнения, чувствуется влияние Хофельда.

В содержательном отношении в конструкции Шмидта много неясностей. Оно построено прежде всего по модели абсолютных правоотношений, что создаёт трудности для выражения в языке двух правомочий обязательственных правоотношений. Право требования вряд ли можно считать дозволением, обеспеченным абсолютно-правовым запретом.

Ещё более интересным шагом в направлении перенесения теоретической модели Хофельда на континентально-правовую почву можно считать концепцию швейцарского цивилиста Вольфганга Портманна. Портманн прямо переносит модель Хофельда, несколько модифицировав её. Прежде всего от четырёх пар элементов остаются три: Портманн устраняет из классификационной схемы пару «иммунитет / неспособность», которая, по его мнению, не отражает явления субъективно-правового характера, поскольку не обладает таким его признаком, как предоставление управомоченному определённого правового преимущества (*normativer Vorteil*)[2].

Правовое преимущество, по мнению Портманна, возникает в трёх следующих случаях: во-первых, если кто-то обязан к определённому поведению в пользу управомоченного, во- вторых, если сам управомоченный имеет право на собственное поведение фактического характера, и в-третьих, если управомоченному предоставлена возможность действий юридического характера. Как видим, эта классификация в точности воспроизводит схему Хофельда, за исключением пары «иммунитет / неспособность». Портманн так же, как и Хофельд, считает, что все выделенные типы правомочий существуют исключительно в парах. Так, в паре «право требования / обязанность» обе категории представляют собой чистые корреляты. Право требования состоит в необходимости исполнения обязанности, а необходимость исполнения обязанности составляет единственное содержание права требования. Иными словами, у

[1] Ibid. S. 210.
[2] Portmann W. Wesen und System der subjektiven Privatrechte. Zürich: Schulthess, 1996. S. 30.

кредитора нет иных правовых возможностей, помимо тех, которые заключаются в необходимости исполнения обязанности должником[1].

Понятие дозволения (*Dürfen*), права на собственное поведение фактического характера представляет собой аналог понятия привилегии у Хофельда. Коррелятом права на собственное поведение фактического характера является отсутствие права на соответствующее поведение. Здесь Портманн полностью заимствует логику теоретической модели Хофельда. И идёт вразрез с весьма влиятельной в германоязычной цивилистике теоретической традицией, которая вообще отрицает возможность существования права на собственное поведение. Портманн критикует эту традицию, обвиняя её в излишнем редукционизме[2]. При этом его аргументация в пользу самостоятельности категории прав на собственное поведение фактического характера целиком совпадает с аргументами Хофельда: коррелятом дозволения является не абсолютно-правовой запрет, а отсутствие права на поведение управомоченного[3].

Наконец, праву на собственное поведение юридического характера (*Können*) совершенно соответствует у Хофельда пара «власть / претерпевание». Портманн разграничивает право на собственное поведение фактического характера (дозволение) и право на совершение юридически значимых действий, на достижение юридического эффекта. В первом случае управомоченному разрешается, дозволяется возможность определённого поведения. Во втором же случае речь идёт о признании юридического эффекта определённого поведения управомоченного, который заключается в возникновении,изменении или прекращении частных прав и юридических обязанностей[4].

Коррелятом права порождать юридический эффект является состояние связанности. Вполне в духе теории секундарных прав, Портманн отграничивает состояние связанности от наличия юридической обязанности. Связанность не предполагает наличия необходимости определённого поведения связанного лица. Правовой эффект (изменение частных прав и обязанностей) производится исключительно действиями управомоченного, вернее, обеспечивается правопорядком как следствие действий управомоченного. Пассивный же субъект претерпевает последствия этого изменения[5].

Таким образом, Портманн переводит схему Хофельда на язык традиционной континентально-правовой теории субъективного права, частично адаптируя её и вводя в континентально-правовой контекст. Однако простого перевода схемы Хофельда на язык континентально-правовой догматики частного права недостаточно. Каков статус трёх пар

---

[1] Ibid. S. 32.
[2] Ibid. S. 33–35.
[3] Ibid. S. 35, 36.
[4] Ibid. S. 37, 38.
[5] Portmann W. Op. cit. S. 38, 39.

правомочий, выделяемых Хофельдом? Как они соотносятся с традиционным понятием субъективного частного права?

Портманн идёт значительно дальше и формулирует общие признаки субъективного частного права. Во-первых, по мнению Портманна, субъективное право представляет собой феномен, относящийся к правовому положению одних субъектов частного права по отношению к другим[1]. Таким образом, Портманн солидаризируется и с Хофельдом, и со значительной частью континентально-правовой доктрины в том, что правоотношения могут существовать исключительно между субъектами права. Во-вторых, субъективное право должно предоставлять субъекту нормативное преимущество, которое, как уже отмечалось выше, может состоять как в праве на чужое поведение, так и в возможности собственного поведения фактического или юридического характера. В-третьих, субъективному праву, по мнению Портманна, присущ характер исключительности в том смысле, что предоставляемая поведенческая возможность обладает уникальным характером, поскольку предоставляется не всем без исключения субъектам частного права, а только определённому субъекту[2]. Обобщая вышесказанное, Портманн определяет субъективное частное право как *привилегию*, с помощью которой у управомоченного возникает правовое преимущество (право на чужое или на собственное поведение фактического или юридического характера)[3].

Весьма симптоматично то, что Портманн отказывается разграничивать субъективное право и правомочие как часть (элемент) субъективного права[4]. Это вполне закономерно, поскольку его три пары элементов в рамках традиционного понимания, как правило, представляют собой именно правомочия, ибо редко в чистом виде обладают самостоятельным характером. По этой причине нужно выбирать либо считать пары элементов правомочиями, и в таком случае субъективными правами будут более крупные единицы, которые состоят из правомочий разного рода (на чужое и на собственное поведение) в различных сочетаниях. Но в таком случае нужно искать, а что даёт субъективному праву качество субъективного права, почему определённые сочетания правомочий дают субъективное право, а другие – нет.

Чтобы уйти от этого затруднения, Портманн предлагает считать правомочия и субъективные права синонимами. Тогда любые элементы трёх пар правомочий автоматически будут признаваться субъективными правами при наличии всех трёх признаков, сформулированных Портманном. Но здесь рождается другая проблема. Как соотносятся субъективные права / правомочия в смысле концепции Портманна с традиционными типами субъективных прав, признаваемых в континентальном праве? Можно сказать, что реально существующие типы

[1] Ibid. S. 28, 29.
[2] Ibid. S. 41.
[3] Ibid. S. 42, 43.
[4] Ibid. S. 45, 46, 47.

субъективных частных прав представляют собой *совокупности* субъективных прав. В таком случае субъективные права / правомочия в смысле концепции Портманна могут быть квалифицированны совершенно в духе Хофельда в качестве теоретических моделей, а не реально существующих социально-правовых феноменов. Ведь почти никогда в хозяйственном обороте ни одна из пар не существует в одиночестве. Это несомненный разворот в пользу аналитического понимания категорий частного права.

Основная проблема концепции Портманна, на мой взгляд, состоит в том, что ему не удалось в полной мере и с достаточной степенью убедительности отграничить норму объективного права, предоставляющую субъекту определённую поведенческую возможности, и субъективное частное право. Понятие нормативного преимущества прямо отсылает к норме объективного права, которая его предоставляет. Какова же здесь функция субъективного права, если всю нормативную «работу» выполняет объективно-правовое предписание? Признак «исключения», т.е. то, что поведенческая возможность предоставлена не всем, а лишь определённому лицу, тоже не помогает решить проблему. Объективное право может предоставлять поведенческие возможности как определённым лицам, так и всем и каждому.

Можно попытаться отграничить субъективное право от объективного, опираясь на первый признак субъективного права по Портманну, а именно то, что субъективное право всегда является элементом правовой связи и имеет на пассивной стороне определённыйкоррелят. В таком случае субъективным правом следует считать то, что имеет корреляты на пассивной стороне в виде юридической обязанности, отсутствия права или юридической связанности.

Проблема с таким определением состоит в том, что неясно, почему эти пары элементов следует относить именно к субъективному, а не к объективному праву. Просто используется техника номинального определения, когда сам исследователь фиксирует признаки понятия и связывает эти признаки с определённым термином, в нашем случае – с термином «субъективное частное право». Такая техника определения возможна и допустима, но она должна давать какой-то позитивный результат. Что нам даёт дополнительно применение к рассматриваемым парам элементов термина субъективное право?

Можно возразить, что эффект от применения схемы Портманна, как и схемы Хофельда, заключается в большей степени рационализации, с помощью парных категорий составные категории разлагаются на элементарные, и мы лучше понимаем структуру составных категорий. Это совершенно справедливо, и техника логического анализа правомочий Хофельда поэтому и имела такой успех, что с её помощью наше понимание более сложных составных субъективно-правовых структур увеличивалось. Но почему сами эти элементы, эти инструменты анализа мы должны назвать субъективными частными правами? Ведь эти пары элементов, как уже указывалось выше, в реальной жизни *in nuce* практически никогда не

встречаются? Более того, и сам Хофельд на этом никогда не настаивал.

Основная причина, которая побудила Портманна отождествить свои три пары элементов и субъективные права, как мне представляется, заключается в том, что он пытался ассимилировать техники аналитической юриспруденции на традиционную континентально-правовую почву. Для традиционной континентально-правовой доктрины существуют субъективные права и правомочия. Значит, необходимо опознать новую категорию в свете унаследованного категориального аппарата. Как уже указывалось выше, для континентального частного права не характерно жёсткое и последовательное разграничение между правовыми практиками и средствами их анализа. По этой причине признать пары элементов Портманна просто инструментами анализа означает выражаться на непонятном для континентальной цивилистики языке.

Таким образом, попытка назвать пары элементов в духе теории Хофельда субъективными частными правами наталкивается на серьёзные препятствия и в таком виде не может быть признана удовлетворительной.

Возможен, однако, и иной подход к интеграции схемы пар элементов в континентально-правовую цивилистику. В самом деле, а что если считать субъективными правами те структуры, которые традиционно признавались таковыми на европейском континенте, а пары элементов в духе Хофельда – элементами субъективных прав или элементами анализа субъективных прав?

В таком случае мы могли бы взять за исходный пункт традиционно существующие в континентальном частном праве типы и виды субъективных прав, но анализ этих сложившихся правонаделительных структур осуществлять при помощи пар элементов схемы Хофельда. Это позволило бы решить несколько проблем: во-первых, сохранить свойственную для континентальной доктрины частного права ориентацию на изучение исторически сложившихся правовых форм, институтов и категорий; во-вторых, сохранить возможности для логического анализа этих исторических форм путём их расчленения на «логические атомы» при помощи схемы Хофельда.

Попробуем при помощи нескольких примеров набросать, каким образом это могло бы выглядеть. В качестве примера возьмём классическую для панднектистики дихотомию «вещное / обязательственное право». Понятие вещного права как одно из фундаментальных понятий континентального частного права сложилось исторически. Несмотря на серьёзную и порой весьма убедительную критику[1], господствующее мнение до сих твёрдо придерживается представления о самостоятельном характере вещного права как института и особой разновидности субъективных частных прав.

[1] Füller J.N. Eigenständiges Sachenrecht? Tübingen: Mohr Siebeck, 2006.

Соответственно, наша задача состоит не в том, чтобы деконструировать понятие субъективного вещного права путём его редукции к какому-либо одному (или нескольким) элементарным структурам, а использовать эти элементарные структуры (включая и схему категорий Хофельда) для более точного теоретического описания вещного права. Различие с редукционистской стратегией сведения вещного права к её элементам заключается в следующем. Редукционисты утверждают, что вещное право можно целиком свести к одному или нескольким более элементарным понятиям. И именно эти последние более элементарные понятия и будут составлять единственную реальность. Например, Йозеф Ахер проделал это с правом собственности, следуя кельзеновскому пониманию субъективного права. В результате право собственности оказалось редуцированным к двум понятиям: (абсолютно-правовая) юридическая обязанность (воздерживаться от нарушения права собственности), с одной стороны, и правовая власть активировать защиту права путём предъявления иска[1], с другой стороны.

Иными словами, если использовать категориальный аппарат Хофельда, то право собственности можно свести к праву требования / обязанности и власти / претерпеванию. При таком понимании конечная реальность права собственности – это именно эти две пары,и они представляют собой существо права собственности.

Нередукционистский стиль описания права собственности также может использовать категориальную схему Хофельда для теоретической дескрипции этого института. Но, в отличие от редукционизма, для него последней реальностью останется именно право собственности как исторически сложившийся институт частного права. Категориальные же пары из схемы Хофельда будут представлять собой исключительно способы описания права собственности. Другими словами, основное различие между редукционизмом и нередукционищмом состоит в том, что считать первичной реальностью: логический «атом» из категориальной схемы Хофельда или «молекулу» традиционной исторически сложившейся разновидности субъективных частных прав.

Как бы могло быть описано право собственности с точки зрения нередукционистской стратегии? Очевидно, что практически все элементы категориальной схемы Хофельда присутствуют в праве собственности. Во-первых, пара «привилегия / отсутствие права» находит выражение в правомочиях собственника на своё поведение фактического характера (например, правомочия владения и пользования объектом права собственности). Во-вторых, пара «право требования / обязанность» соответствует абсолютно-правовому запрету всем иным лицам вторгаться в чужое право собственности. В-третьих, пара «власть / претерпевание»

[1] Aicher J. Das Eigentum als subjektives Recht: Zugleich ein Beitrag zur Theorie des subjektiven Rechts. Berlin: Duncker & Humblot, 1975.

выражает наличие у собственника распорядительных правомочий как в отношении самого права собственности, так и в отношении осуществления субъективного права собственности.

Примерно из тех же элементов, но в другом их сочетании состоит и право кредитора по обязательству. Вопреки весьма распространённому взгляду право кредитора в обязательственном правоотношении не является идентичным категориальной паре «право требования / обязанность». Для того, чтобы надёжно зачистить правовую позицию кредитора в обязательстве, невозможно только предоставить ему право требования, а для должника создать юридическую обязанности. Необходимо также предоставить кредитору ряд привилегий и власть в смысле категориальной схемы Хофельда.

Так, само право *требовать* определённого поведения от должника представляет собой смесь дозволения (права на собственное поведение фактического характера) и власти (права на изменение чужой правовой сферы)[1]. Право требовать исполнения от должника представляет собой привилегию в силу того, что кредитор должен обладать свободой фактического поведения. Но, с другой стороны, право требовать исполнения от должника обладает частичным распорядительным эффектом, поскольку кредитор в акте осуществления принадлежащего ему права окончательно определяет параметры юридической обязанности (ведь он может потребовать исполнения не в полном объёме)[2].

В некоторых случаях для некоторых видов обязательственных прав предоставлена абсолютно-правовая защита. Соответственно, абсолютно-правовая обязанность воздерживаться от нарушения чужого обязательственного права также в этом случае должна рассматриваться как элемент содержания права кредитора. В других случаях защита права кредитора от вмешательства третьих лиц осуществляется при помощи пары «иммунитет / неспособность». Речь идёт о случаях, когда лицо пытается осуществлять не принадлежащее ему право требования. В таких случаях правопорядок просто квалифицирует соответствующие действия неуправомоченного как юридически иррелевантные, не обладающие юридической силой[3].

Кстати, для обязательственных прав этот способ защиты от вмешательства третьих лиц гораздо более типичен, нежели для вещных прав. В рамках вещных прав основным способом вмешательства третьих лиц является воздействие на саму вещь, физические свойства которой делают её доступной для несанкционированного воздействия со стороны третьих лиц. Права требования в рамках обязательств далеко не всегда требуют наличия абсолютно-правовой защиты. Само право требования носит идеальный характер и его трудно нарушить

[1] Dörner H. Dynamische Relativität: Der Übergang vertraglicher Rechte und Pflichten. München: C.H. Beck, 1985.
[2] Bucher E. Das subjektive Rechts als Normsetzungsbefugnis. Tübingen: Mohr Siebeck, 1965. Хотя сам Бухер разграничивает осуществление прав и распоряжение правами.
[3] Dörner H. Op. cit. S. 46.

«физически». Соответственно, об абсолютно-правовой защите прав требования можно говорить лишь в ограниченном числе случаев, особенно когда объектом права требования выступает обладающая физическим измерением индивидуально определённая вещь.

Для защиты прав требования более характерно как раз использование иммунитета / неспособности. Дело в том, что самый критичный случай, когда третьи лица действительно могут нарушить чужое обязательственное право, – это ситуации конфликта нескольких претендентов на одно и то же право требования. Это может произойти, например, в результате многократной цессии одного и того же права требования одним и тем же цедентом. В таком случае действительно требуется защита от «вторжения» третьего лица в позицию кредитора. Именно для этого случая и существуют нормы определения настоящего кредитора. По своей юридической природе это как раз нормы, устанавливающие иммунитет (невозможность изменить правовое положение управомоченного) и неспособность (невозможность изменить чужие права и обязанности).

Интересно отметить, что только появление категориальной схемы Хофельда позволило континентальным цивилистам выявить и юридически квалифицировать этот важный способ защиты права требования в обязательстве. До того момента этот способ защиты прав против третьих лиц не тематизировался, а все эффекты права требования против третьих лиц автоматически трактовались как случаи абсолютно-правовой защиты.

Между тем с точки зрения схемы Хофельда абсолютно-правовая защита и защита через норму об иммунитете / неспособности носят различный характер. Абсолютно-правовая защита представляет другую пару в рамках категориальной схемы Хофельда, а именно пару «право требования / обязанность». Здесь обязанному субъекту запрещается совершение фактических действий, направленных на вмешательство в чужое право, а управомоченный, соответственно, приобретает право требовать невмешательства. В случае же пары «иммунитет / неспособность» никакое «физическое» поведение не запрещается. Просто право отказывает в признании юридического эффекта некоторых поведенческих актов неуправомоченного лица. Иммунитет, несомненно, обладает эффектом против третьих лиц в том смысле, что никто не может осуществить право, которое ему не принадлежит. Но этот эффект против третьих лиц носит совершенно другой характер, нежели результат действия абсолютно-правового запрета.

Норма об иммунитете / неспособности не налагает на третье лицо обязанность не присваивать и не реализовывать чужое право требования, но отказывает таким действиям в юридической действительности, делая их юридически безразличными. Нарушить чужое право требования в самом узком буквальном смысле слова можно лишь путём присвоения права требования, действуя как управомоченный. Для того чтобы блокировать этот «юридический» способ нарушения чужого права требования, достаточно признать действия

неуправомоченного юридически иррелевантными.

Этот своеобразный эффект против третьих лиц не «виден» в рамках традиционной континентальной логики, в которой существуют исключительно относительные и абсолютные правоотношения, а если относительное право обладает эффектом против третьих лиц, то это не относительное, а абсолютное право. Только применение категориальной схемы Хофельда позволяет выявить, что структуры правонаделения в частном праве носят куда более сложный характер и что далеко не каждый случай эффекта против третьих лиц следует автоматически квалифицировать в качестве абсолютного правоотношения.

С точки зрения вышеизложенного становится более ясным и вопрос о функциях и юридической природе самой абсолютно-правовой защиты. Механизм абсолютно-правовой защиты следует применять в тех случаях, когда вторжение в чужое право имеет характер фактического воздействия на объект права либо на сам субъек права. Именно здесь посредством запрета чужого фактического поведения можно добиться цели обеспечения положения управомоченного. Проще говоря, запрещается только то, что можно нарушить. Только в случае, если право можно нарушить при помощи фактического поведения другого лица, т.е. интерес управомоченного зависит от совершения или несовершения другим лицом определённых действий или бездействия, следует применять технику абсолютно-правового запрета. В тех же случаях, когда иное лицо не в состоянии фактическим поведением нарушить чужое право (как можно путём фактического поведения присвоить чужое право?), основным способом защиты права против третьих лиц будет норма об иммунитете / неспособности (поскольку присвоить чужое право в некоторых случаях всё же можно, выдавсебя за кредитора, а для того, чтобы блокировать эту возможность, нужно только рассматривать все случаи такого поведения как не влекущие юридических последствий).

С рассматриваемой точки зрения становится понятным, по какой причине абсолютно-правовая защита в большей мере характерна для вещных прав, а защита от третьих лиц при помощи нормы об иммунитете / неспособности – для прав обязательственных. Это связано преимущественно с тем, что вещные права являются правами на физические объекты, индивидуально определённые вещи, которые доступны для фактического воздействия со стороны иных лиц. И для того, чтобы подобную активность иных лиц пресечь, необходимоеё воспретить. Применительно же к обязательствам фактически воздействовать на чужое право требования непосредственно (а не опосредованно, воздействуя на объект или субъект права требования) трудно, поскольку само право требования имеет не материальный,а идеальный характер. «Воздействовать» на чужое право требования можно лишь юридически, а не фактически. Соответственно, нормы об иммунитете / неспособности достаточно, чтобы обеспечить защиту права требования от третьих лиц.

С другой стороны, ведь и субъективное вещное право можно «присвоить», осуществляя его вместо управомоченного. Соответственно, защита управомоченного от такого рода вторжений также должна осуществляться при помощи нормы об иммунитете / неспособности. Применительно же к обязательственным правам существуют возможности нарушить чужое обязательственное право путём фактического воздействия на его объект (например, если он представляет собой телесную вещь) или самого управомоченного. Соотвественно, в некоторых случаях можно применять абсолютно-правовую защиту к обязательственным правам.

Всё вышесказанное позволяет на примере категориальной пары «иммунитет / неспособность» продемонстрировать возможности, которыми обладает категориальная схема Хофельда даже для анализа традиционных континентально-правовых структур правонаделения. Именно по этой причине категориальная схема Хофельда приобрела здесь такую популярность.

Таким образом, существующие типы и виды субъективных частных прав можно рассматривать как сложносоставные «органические» структуры, которые анализируются при помощи пар элементов категориальной схемы Хофельда и применение этой схемы позволяет получить интересные новые знания о природе самих «органических» структур. Но при этом остаётся не разрешённым главный вопрос: что делает эти «органические» сложносоставные структуры субъективными правами. Ведь невозможно просто взять существующие в континентально-правовой традиции типы и разновидности субъективных частных прав и признать их субъективными правами потому, что так сложилось. Здесь требуется некоторая аналитическая работа.

Один из вариантов решения этой проблемы может лежать в направлении понимания субъективного частного права как исключительной поведенческой возможности. Если согласиться с тем, что существующие типы и виды субъективных прав представляют собой комплексы правомочий, но в различных их сочетаниях, возникает вопрос о том, почему одни сочетания правомочий могут рассматриваться в качестве субъективных прав, а другие нет? Можно предположить, что субъективным правом в собственном смысле слова следует называть только такие группы правомочий, которые в совокупности предоставляют управомоченному исключительную и уникальную поведенческую возможность, которая принадлежит только ему и никому другому одновременно, обеспечивают ему контроль над объектом права. С этой точки зрения право собственности гарантирует контроль над объектом права, а, например, правомочие распоряжения правом, которое многомесячно рассматривают в качестве самостоятельного субъективного права, такой контроль не предоставляет. Контроль в этом понимании означает обеспечение исключительности доступа лица к соответствующему благу и исключение всех иных лиц. Конкретные техники предоставления доступа и исключения при

этом зависят от массы обстоятельств, прежде всего характера и свойств самого блага, доступ к которому обеспечивается и тем, для каких целей этот доступ обеспечивается. При этом техники обеспечения доступа к благу и исключения всех иных лиц могут анализироваться при помощи категориальной схемы Хофельда.

Таким образом, субъективным частным правом будут такие сочетания правомочий, которые обеспечивают управомоченному исключительный доступ к благу, исключительную поведенческую возможность. В таком случае критерием отличия субъективного права становится исключительность доступа к благу. Отдельные правомочия не способны обеспечить сами по себе контроль над благом. Следовательно, они не могут рассматриваться как субъективные права, а лишь как объективно-правовые предписания. Однако в определённых сочетаниях они могут юридически обеспечивать контроль над объектом и исключительный доступ управомоченного к нему. Вот только в таком случае и следует говорить о субъективных частных правах. Естественно, что при таком понимании субъективные права всегда будут сложными, многосоставными «организмами», а не логическими атомами.

Однако понятия «контроль», «исключительный доступ», как и его предшественники понятия «господство воли» и «интерес», обладают высокой степенью семантической неопределённости. Возьмём, например, уже упоминавшееся правомочие и право распоряжения объектом права собственности. На первый взгляд, в данном случае не обеспечивается полный контроль над благом, поскольку правомочие распоряжения – это очень важный, но далеко не единственный инструмент обеспечения контроля собственника за объектом права собственности. Но если рассматривать понятие контроля несколько менее широко, например, если рассматривать в качестве объекта контроля не саму вещь, а только способность ей распоряжаться, то получается, что право распоряжения обеспечивает контроль. То же самое с критерием исключительности доступа. Исключение здесь понимается как исключение всех других, помимо управомоченного. Но если понимать исключение достаточно узко, то даже гражданскую правоспособность (которая, как известно, одинакова для всех субъектов частного права) также можно рассматривать в качестве субъективного частного права. Ведь применительно к каждому из субъектов частного права гражданская правоспособность предоставляет возможности исключительного характера в том смысле, что другим лицам правовые возможности *данного субъекта* приобретать и осуществлять права не предоставляются.

Конечно, понятия контроля и исключительного доступа несколько более семантически разрешимы, чем понятие интереса. В этом смысле оно напоминает понятие господства воли. Но это не решает проблемы. Мы по-прежнему не обладаем чётким аналитическим критерием, чем субъективное право отличается от объективного.

Таким образом, можно сделать предварительный вывод о том, что применение категориальной схемы коррелятов и противоположностей Хофельда позволило существенно продвинуться в исследовании структуры различных типов субъективных частных прав, но не позволило с его помощью понять, что такое субъективное частное право как таковое.

Парадоксальным образом, но к подобному же выводу можно прийти, анализируя германскую доктрину субъективного права между Виндшайдом и Кельзеном, т.е. до того, как концепция Хофельда могла оказать на неё существенное влияние. Возьмём, например, теорию субъективного права Августа Тона. Субъективным правом в техническом смысле слова Тон считал исключительно эвентуальное право на иск в случае нарушения обязанности. Само право требования, из нарушения которого возникает право на иск, Тон не считал обладающим субъективно-правовым характером. Также не обладает, по мнению Тона,субъективно-правовым характером право на собственное поведение фактического характера, поскольку они вообще юридически иррелевантны. А права на собственное поведение юридического характера, заключающееся в возможности односторонним волеизъявлением изменить чужие права и обязанности, представляет собой правомочие особого рода, но не субъективное право[1]. Если перевести всё вышесказанное на язык Хофельда, то получается, что Тон признавал субъективным правом явление, которое у Хофельда, вероятно, должно было бы относиться к паре «власть / претерпевание».

Алоиз фон Бринц, напротив, относит к субъективным правам права на собственное поведение фактического и юридического характера (rechtliches Duerfen und rechtliches Koennen), так и права на чужое поведение[2], в то время как Рудольф Бирлинг вообще отождествил субъективное право с притязанием, которое он понимал как требование о необходимости исполнения обязанности, заявленное управомоченным к обязанному лицу. Права на собственное поведение Бирлинг предложил обозначить как правомочие (*Befugnis*)[3].

Что представляется наиболее интересным, если перевести рассуждения германских пандекстистов на язык категориальной схемы Хофельда? Все они имели дело с примерно одними и теми же феноменами, которые с завидным постоянством повторяются, но получают различную квалификацию. Все эти феномены так или иначе сводятся к трём парам элементовиз категориальной схемы Хофельда. Но качество субъективного права придаётся некоторым из элементов, аналогичных схеме Хофельда, а другим, напротив, нет. Допустим, Тон взял за основу понятия субъективного права понятие притязания, которое он понимал как эвентуальное право на иск в материально-правовом смысле, т.е. как возможность инициировать принудительное осуществление обязанности должника, если последний отказывается её

[1] Thon A. Op. cit. S. 147–374.
[2] Brinz A. von. Lehrbuch der Pandekten. Erlangen: Andreas Deichert, 1857. S. 49–52.
[3] Bierling E.R. Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe. Bd. 2. Gotha: Friedrich Andreas Berthes, 1877.S. 32–73.

исполнить добровольно. С точки зрения категориальной схемы Хофельда, право на иск следует квалифицировать как разновидность пары «власть / претерпевание». При этом другие формы проявления этой пары элементов, как, например, правомочие распоряжения соответствующим правом, Тон не считал субъективными правами, а предлагал считать правомочиями особого рода. Бирлинг, имея дело с теми же феноменами, субъективным правом соглашался считать исключительно то, что соответствует в категориальной схеме Хофельда паре «право требования / обязанность». А для обозначения двух разновидностей права на собственное поведение Бирлинг использовал понятиеправомочий.

Иными словами, каждый из авторов применял какой-то критерий, в соответсвии с которым из примерно одного и того же круга явлений выбиралось то, что соответствующий автор предлагал считать субъективным правом в техническом смысле слова. Это подтверждает сделанный ранее вывод, в соответствии с которым категориальная схема Хофельда, как и континентально-правовые классификации, которые ей аналогичны, позволяют лучше понять структурные аспекты правонаделения в частном праве, но не позволяют сами по себе определить само понятие субъективного права. Каждая из теорий, которые признавали возможность существования нескольких типов субъективно-правовых возможностей или составной многоэлементный характер понятия субъективного частного права, сталкивался с проблемой поиска критерия, в соответсвии с которым среди этих возможностей или элементов идентифицируются те, которые можно считать субъективными правами в техническом смысле слова. Сама по себе категориальная схема Хофельда, как и её континентально-правовые аналоги, не решают эту задачу непосредственно.

* * *

1. Схема анализа содержания правовых возможностей, предложенная Хофельдом, основывается на выделении простейших типов поведения, определимых аналитически, т.е. относительно друг друга. Иными словами, право требования на активной стороне пары определяется через наличие обязанности на пассивной стороне пары и противопоставляется свободе (привилегии), которая, в свою очередь, определяется как отсутствие обязанности (не) совершать действие.

2. Первичные «логические атомы» (пары коррелятов) не могут рассматриваться в качестве (редуцированных) субъективных прав, а, скорее, являются логическими структурами, средствами анализа содержания субъективных прав. Поэтому сама по себе редукционистская техника Хофельда не может рассматриваться как аргумент против возможности сформулировать общее понятие субъективного (частного) права или как аргумент в пользу тезиса о «кризисе» понятия субъективного права в его классическом понимании. Речь идёт о

крайне полезной технике анализа и резко отграничивает когнитивный аспект (анализ содержаний субъективных прав) от онтологического (отождествлять пары «логические атомов» с реально существующими типами субъективных прав).

3. Различие в трактовке первичных элементов содержания субъективных (частных) прав в континентальном и англо-американском праве может быть объяснено исторически сложившимися различиями в методологии исследования. На континенте анализировались прежде всего исторически возникшие типы субъективных прав, которые рассматривались как данность, которая подлежит описанию и объяснению. Англо-американская теория в гораздо большей степени ориентировалась на исторические и герменевтические инструменты, а не логический анализ, что делало её гораздо менее зависимой от анализа существующих в практике гражданского оборота форм правонаделения. Именно поэтому схему Хофельда следует рассматривать как логический анализ, а не описание действительности.

4. Но даже применительно к континентальному частному праву анализ различных типов содержания субъективных прав сам по себе не приводит к определению надёжного критерия субъективно-правового характера той или иной юридической возможности. Поэтому аргумент о наличии различных субъективно-правовых структур, иногда имеющих мало общего друг с другом, не доказывает невозможности сформулировать общее понятие субъективного (частного) права.

2.5. Критика понятия субъективного частного права как критика принципа автономии воли

Кризис классической волевой теории субъективного, как и неспособность её основного конкурента, теории интереса, сформулировать полноценную и убедительную альтернативу породили в следующем поколении исследователей определённый скепсис относительно категории субъективного права как таковой. В результате не будет преувеличением сказать, что в период приблизительно с конца XIX века до середины XX века категория субъективного права стала объектом критики, нередко ставившей целью полный отказ от её использования даже в рамках её традиционной сферы приложения, частного права. Аргументы противников категории субъективного права в целом продолжали ту линию, которая была заложена Иерингом, но в гораздо более радикальном и последовательном варианте. Представляется возможным выделить несколько основных типов аргументов, опровергающих существование и целесообразность использования категории субъективного права.

Одно из самых влиятельных направлений критики категории субъективного права связано с социологически ориентированной концепцией правопонимания французского теоретика права и конституционалиста Леона Дюги. Дюги ориентировался на социологическую концепцию классика французской социологии Эмиля Дюркгейма, из которой он заимствовал ключевое понятие собственной правовой теории, категорию социальной солидарности.

С точки зрения Дюркгейма, можно выделить два исторических типа социальной солидарности – механическую и органическую. Органическая солидарность предполагает сложный и глубоко социально дифференцированный социум, в котором много разных социальных ролей и социальных функций. Соответственно, в таких условиях существует большое разнообразие паттернов социального поведения, идеологий и мотиваций. Что объединяет столь сложное, гетерогенное и не поддающееся простой унификации сообщество?

Взаимная зависимость, возникающая в силу глубокой социальной дифференциации и разделения труда, как ни парадоксально, не уменьшается, а увеличивается. Дело в том, что в глубоко социально дифференцированном социуме любой социально полезный результат может достигаться исключительно совместными усилиями многих индивидов. Углубление разделения труда стало следствием того, что специализация эффективнее, нежели отказ от неё. Другими словами, удобнее разделить процесс создания какого-то социально полезного результата на стадии и элементы и закрепить выполнение этих стадий и элементов за отдельными лицами. Это представляется гораздо эффективней, чем ситуация, когда каждый будет делать всё от начала до конца.

Но эта углублённая специализация делает индивидов гораздо более зависимыми друг от

друга, чем в ситуации, когда каждый выполняет всю работу. При разделении функцийи стадий и общности результата работы ни один индивид, выполняющий особую стадию или вид работы, не может обойтись без результатов работы других индивидов, выполняющих свою часть работы. Соответственно, для описания этой высокой степени взаимозависимости людей друг от друга Дюркгейм использует понятие органической солидарности. Органической она является в том смысле, что необходимость ориентироваться друг на друга, тесная взаимная зависимость вытекает из логики самого социального взаимодействия, носит имманентный характер, а не навязывается людям искусственно извне. В условиях глубокого разделения труда индивиды оказываются очень заинтересованы в сотрудничестве, поскольку они заинтересованы в обмене результатов собственного труда на результаты труда других лиц. Социальная интеграция посредством органической солидарности составляет особенность современных социумов, социумов эпохи модерна.

В отличие от этого, механическая солидарность существует в менее социально дифференцированном социуме, где разделение труда не носит столь глубокого характера и каждый, грубо говоря, делает то же, что делают другие. В таких условиях степень взаимной зависимости разных людей менее выражена, но зато они меньше отличаются друг от друга, поскольку выполняют одни и те же функции. Социальную интеграцию в таком случае выполняет не разделение труда, а скорее «внешние» идеологические институты (в первую очередь религия и мораль). Это тип солидарности, именуемый механической солидарностью, характерен для домодерных традиционных культур.

Дюги применил понятие органической солидарности к правовой реальности. В рамках логики социальной солидарности право должно способствовать обеспечению бесперебойного взаимодействия людей. Соответственно, задача права – «уважать любое проявление индивидуальную воли, которое соответствует цели социальной солидарности, не препятствовать реализации социальной солидарности, содействовать в максимально возможной мере её реализации»[1]. Социальная солидарность является основой права, тем, что легитимирует правовую форму.

Учитывая ту роль, которую социальная солидарность играет в рамках современных социумов, Дюги считает необходимым решительно пересмотреть традиционную постановку проблемы соотношения индивидуальных интересов и интересов общества. По мнению Дюги, конфликт между индивидуумом и обществом исключён по определению, поскольку индивид не может существовать помимо цепочек разделения труда, т.е. вне и независимо от социума[2]. С этой точки зрения в интересах самого индивида способствовать реализации общих социальных

[1] Duguit L. L'Etat, le droit objectif et la loi positive. Paris: Dalloz, 2003. P. 84.
[2] Ibid. P. 10.

целей.

Естественным образом подобная постановка вопроса приводит Дюги к отрицанию категории субъективного права. Дело в том, что принцип социальной солидарности отрицает как раз то, что классическая частноправовая теория считает ключевым компонентом юридической конструкции субъективного права: свободу усмотрения, суверенитет управомоченного лица. Логика социального солидаризма, напротив, предполагает, как уже отмечалось выше, признание правом индивидуальной воли лишь в той мере, в которой она соответствует цели сотрудничества, складывающегося в процессе общественного разделениятруда[1].

Введение в оборот категории цели способно вызвать аллюзии с теорией интереса Рудольфа фон Иеринга. Но Дюги идёт значительно дальше Иеринга. Дюги полагает, что и индивидуальный интерес, подобно индивидуальной воле, защищается и должен защищаться правом исключительно в той мере, в какой тот или иной индивидуальный интерес не противоречит социальной солидарности. В том же случае, когда индивидуальный интерес в самом деле защищается, он защищается не ради самого себя, а исключительно потому, что его защита способствует реализации социальной цели[2].

Таким образом, ключевое отличие теории Дюги от взглядов сторонников теории интереса заключается в том, что последние признавали в некоторых случаях приоритетиндивидуального интереса и необходимость предоставления ему правовой защиты даже в том случае, если он противоречил общественному интересу. Для Дюги же, как уже отмечалось выше, самой ситуации, в которой индивидуальный интерес противоположен общественному, не может существовать в принципе, поскольку отдельный индивид в современном социуме, основанном на глубоком разделении труда, вообще не может существовать. Поэтому и категория субъективного права, являющаяся отражением возможности самостоятельного существования индивидуальной воли или индивидуального интереса, не может получить признания также в принципе.

Но элиминировать категорию субъективного права довольно сложно, учитывая туогромную системообразующую роль, которую эта категория играла, в особенности в рамках частного права. Какую альтернативную модель права предлагает Дюги? Ключевое понятие, которым Дюги резюмирует свою концепцию, называется «социальная функция». С юридико-догматической точки зрения социальная функция является гибридом права и обязанности[3].

Смысл категории социальной функции заключается в том, что индивид вправе и одновременно обязан делать то, что содействует цели социальной солидарности. Иными словами, Дюги полагает, что определённая «свобода» поведения субъектам предоставляется и

[1] Duguit L. Traité de droit constitutionnel. Tome premier. Paris: Boccard, 1924. P. 295.
[2] Duguit L. Les transformations du droit public. Paris: Librairie Armand Colin, 1913. P. 205.
[3] Duguit L. Souveraineté et Liberté: Leçons faites à l'Université Columbia. Paris: Librairie Félix Alcan, 1922. P. 142.

должна предоставляться в той мере, в которой это соответствует социальным интересам. В этом смысле, например, институт права частной собственности признаётся. Но признаётся он не потому, что он является выражением высшей ценности индивидуальной свободы или служит индивидуальным интересам лучше всего, а потому, что с его помощью в определённых контекстах можно наиболее эффективным образом реализовать не индивидуальные, а общественные интересы.

Этот последний тезис, в свою очередь, позволяет обнаружить отличие социального солидаризма Дюги от марксистских концепций[1]. Дюги полагает, что частная собственность,как и другие фундаментальные институты капиталистической экономики и частного права, могут быть в некоторых контекстах эффективнее тотального огосударствления и плановой экономики. И именно это сравнительная эффективность, а не идеи автономии воли легитимируют её. Идея индивидуальной автономии признаётся, поскольку эта идея способствует реализации целей общества. По этой причине и парадоксальным образом, по мнению Дюги, индивид обязан реализовывать «свободу»[2]. Иными словами, Дюги не отрицает, что за субъектами права закрепляются возможности поведения. Но, предоставляя эти возможности, объективное право (общество) предоставляет их в общественных, а не в индивидуальных интересах.

Отражением этого «целевого» характера предоставляемых юридических возможностей является то, что, будучи предоставленными, эти поведенческие возможности становятся не только правом, но и обязанностью соответствующего субъекта. Это вполне логично в рамках взглядов Дюги. Ведь юридические возможности предоставляются для реализации социальных целей в случаях, когда реализация соответствующей социальной цели с помощью поведения частного лица признаётся оптимальным. А раз поведенческая возможность имеет целевой характер и направлена на реализацию общественного интереса, то реализация этой поведенческой возможности становится не только правом, но и обязанностью соответствующего частного субъекта. В этой слитности права и обязанности, определяемой социальным характером их цели, и заключается ключ к пониманию категории социальной функции.

Из вышесказанного вытекает и решение Дюги вопроса о соотношении объективного и субъективного права. Поскольку право мыслится исключительно как право-обязанность, то не существует серьёзных юридико-догматических или юридико-технических оснований выделять специальную категорию субъективного права. Классическая теория выделяет самостоятельную

[1] Reich N. Sozialismus und Zivilrecht: Eine rechtstheoretisch-rechtshistorische Studie zur Zivilrechtstheorie und Kodifikationspraxis im sowjetischen Gesellschafts- und Rechtssystem. Frankfurt am Main: Athenäum, 1972. S. 63–65.
[2] Duguit L. Les transformations générales du droit privée depuis le Code Napoléon. Paris: Librairie FélixAlcan, 1912. P. 37.

категорию субъективного права, ссылаясь на то, что субъективно-правовые контексты характеризуются, прежде всего, принадлежащей управомоченному свободой осуществления права. В случае же, когда осуществление права представляет собой одновременно и право, и обязанность управомоченного, нет смысла удваивать терминологию и называть норму права, предоставляющую субъекту определённую возможность поведения и одновременно превращающую её в юридическую обязанность того же субъекта, ещё и субъективным правом.

В определённом смысле можно сказать, что для Дюги все субъективные права моделируется по образцу того, что Иеринг именовал «рефлексами» объективного права[1]. Речь идёт о ситуации, в которой норма объективного права создаёт фактическое преимущество определённому субъекту, не закрепляя при этом за ним субъективного права в техническом смысле слова. Такой субъект становится в подобном случае выгодоприобретателем, а не обладателем и носителем права.

Для лучшего понимания сути предлагаемой Дюги теоретической конструкции представляется необходимым напомнить, что специализация Леона Дюги – это публичное право. Более того, Дюги является одним из двух столпов французской традиции публичного права XX столетия. Цивилистам Дюги известен прежде всего как автор небольшой брошюры «Общие преобразования гражданского права со времени Кодекса Наполеона», первоначально представляющей собой доклад, который автор прочитал на конгрессе сравнительного правоведения[2].

Если германская доктрина публичного права заимствовала очень много конструкций из частного права, то французское административное право развивалось автономно в силу некоторых исторических особенностей его развития с начала XIX в.[3] Если германская традиция публичного права главной задачей публичного права считало обеспечение прав частных лиц по отношению к государству, то для французской модели административного права характерно представление о том, что оно представляет собой механизм реализации политики государства.

Соответственно этому различию типичным фокусом регулирования и исследования для германского публичного права является отношение личность – государство, в то время как типичным контекстом регулирования для французской модели административного права является отношение внутри государственного механизма, отношение между органами публичной власти[4]. Причины этого различия имеют прежде всего исторический характер. Они

---

[1] Jhering R. von. Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. Teil 3, Bd. 1. S. 351–353.

[2] Duguit L. Les transformations générales du droit privée depuis le code Napoléon.

[3] Pauly W. Der Methodenwandel im deutschen Spätkonstitutionalismus: Ein Beitrag zu Entwicklung und Gestalt der Wissenschaft vom öffentlichen Recht im 19. Jahrhundert. Tübingen: Mohr Siebeck, 1993.

[4] Gaillet A. L'individu contre l'Etat: Essai sur l'évolution des recours de droit public dans l'Allemagne du XIXe siècle.

касаются прежде всего незавершенности процесса социальной модернизации в Германии в момент формирования общей теории публичного права[1].

Интересным следствием французского понимания публичного права как юридико-технического средства реализации государственной политики и стало понимание правового статуса государственного органа (основного субъекта административного права). Традиционное (сформированное в рамках цивилистической традиции) понимание субъекта права и правоспособности предполагает наличие некоторого элемента автономии, необходимого для формирования самостоятельной идентичности субъекта права. Но как раз этой автономии не получается обнаружить у органа публичной власти, понимаемого как способ реализации государственной политики. В рамках германской теории эту проблему возможно решить, поскольку ключевое различие, которое она проводит, это различие межу частными и должностными лицами. При таком подходе определить идентичность последних можно просто путём противопоставления с частными лицами. Если же административное право имеет дело в основном с отношениями внутри государственного аппарата, то учение о субъектах такого типа административного права ничем не будет напоминать учение об обладающих правоспособностью лицах. Скорее, это будет учение о *функциях*. Вот здесь-то, на мой взгляд, и следует искать истоки учения о социальной функции.

Вероятнее всего, учение о социальной функции стало результатом перенесения сформулированного во французском административном праве понятия субъекта права в частное право. В самом деле, с чисто юридико-технической точки зрения социальная функция должна пониматься как компетенция. Компетенция с точки зрения цивилиста представляет собой право-обязанность, когда должностное лицо не только вправе, но и обязано к определённому поведению. Для частного права такого рода гибрид права и обязанности, возможности и необходимости определённого поведения не является типичным и противоречит принципу диспозитивности. В публичном же праве, напротив, такого рода конструкции могут иметь широкое распространение, учитывая то, что типичный субъект публичного права – это как раз должностное лицо или орган публичной власти. Таким образом, понятие социальной функции, по всей вероятности, стало результатом использования в частном праве публично-правового понимания субъекта права и правонаделительных структур.

Отсюда вытекает довольно интересный вывод. Получается, что Дюги рассматривал субъектов частного права по аналогии с должностными лицами и органами публичной власти, а гражданскую правоспособность и субъективные частные права считал своего рода компетенциями в публично-правовом смысле слова. При этом важно отметить, что, несмотря на

Paris: Dalloz, 2012.

[1] Schönberger C. Das Parlament im Anstaltsstaat: Zur Theorie parlamentarischer Repräsentation in der Staatsrechtslehre des Kaiserreichs (1871–1918). Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1997.

то, что социальная функция и компетенция являются схожими понятиями, между ними существует одно весьма существенное отличие. Компетенция, понимаемая как единство права и обязанности, возможности и необходимости определённого поведения, понятие гораздо более формальное, чем социальная функция. По существу в понятии компетенции слиты заимствованные из теории частного права понятия субъективного права и юридической обязанности. Это понимание ориентировано на германскую теорию, которая широко использовала аналогии из частного права для конструирования публично-правовых институтов и категориального аппарата. В этом смысле с сугубо формальной точки зрения компетенция в структурном отношении мало чем отличается от правоспособности субъектов частного права.

Совершенно иным образом обстоит дело с понятием социальной функции. Это не просто право-обязанность, это прежде всего правовая возможность, предоставляемая объективным правом с определённой целью[1]. Иными словами, характер и границы предоставляемой субъекту юридической возможности определяются целью, которую правопорядок задаёт для предоставления соответствующей юридической возможности. По этой причине никакая предоставленная возможность поведения не может осуществляться субъектом, которому она предоставлена, по собственному усмотрению. Цель предоставления права всегда определяет и цель его осуществления. В этом смысле с точки зрения Дюги управомоченный никогда не обладает полным контролем над предоставленной ему поведенческой возможностью. Но ограничения, которые не позволяют управомоченному проявлять свободу собственного усмотрения, вытекают из цели, которую определяет объективное право. По этой причине все подобные правовые возможности являются, по мнению Дюги, объективно-правовыми[2].

Если оценивать концепции Дюги в свете теории субъективного (частного) права, то можно отметить следующие важные моменты. Прежде всего, Дюги пошёл по пути истолкования любой возможности определённого поведения, которая закрепляется за субъектом в качестве обладающей объективно-правовым характером. Изначально этот вопрос был предметом долгой дискуссии в основном в германской цивилистической литературе. Проблема состояла в том, что различные типы юридических возможностей предполагали различную степень «господства воли» управомоченного, т.е. различную роль и степень свободы усмотрения управомоченного. В одних случаях управомоченный оставался лишь пассивным выгодоприобретателем, который получал доступ к благу благодаря тому, что обязанное лицо исполняло корреспондирующую праву юридическую обязанность. В других же случаях, напротив, именно от волеизъявления управомоченного зависел юридический эффект, т.е. возникновение, изменение или

[1] Roubier P. Droits subjectifs et situations juridiques. Paris: Dalloz, 2005. P. 181.
[2] Duguit L. Traité de droit constitutionnel. Tome premier. P. 19–20.

прекращение прав и обязанностей.

Дюги решает эту проблему в весьма радикальном ключе. Он устраняет свободу усмотрения управомоченного вообще. В самом деле, если любое правонаделение имеет определённую цель, которая определяется правопорядком, то осуществление права по своему усмотрению со стороны управомоченного просто невозможно. Следовательно, нет оснований утверждать, что индивидуальная воля субъекта имеет в некоторых случаях правопорождающий эффект. Даже тогда, когда субъект частного права самостоятельно принимает решение совершить юридически значимое действие, соответствующий юридический эффект наступает не потому, что этого хочет частное лицо, а потому, что такая возможность предусмотрена нормой объективного права[1].

Как представляется, радикальное решение Дюги вряд ли может быть признано убедительным. Само по себе утверждение, что именно объективное право является источником предоставления частным лицам возможностей определённого поведения, в условиях существования национальных правовых систем вестфальского типа является ничем иным, как тривиальностью. Никто уже давно не оспаривает того факта, что любые субъективно-правовые возможности имеет объективно-правовое происхождение[2]. Вопрос вовсе не в этом. Действительная проблема состоит в том, что в некоторых случаях объективное право предоставляет частному лицу не просто поведенческую возможность определённого содержания, но и возможности свободы усмотрения относительно возникновения, изменения и прекращения прав и обязанностей. Другими словами, в некоторых случаях юридический эффект не может быть достигнут иным образом, кроме как посредством волеизъявления частного лица. Вот эти ситуации не поддаются адекватному объяснению в духе ассимиляции объективного и субъективного права.

В такого рода случаях действительное наступление юридического эффекта зависит от воли частного лица, а правопорядок лишь создаёт предпосылки для него в виде закрепления за соответствующим частным лицом возможности их породить. Но будет ли таковая возможность реализована или нет, зависит исключительно от свободы усмотрения соответствующего частного лица. Следовательно, субъективно-правовые контексты всё-таки отличаются от объективно-правовых. В субъективно-правовых контекстах одной лишь нормы права недостаточно, чтобы юридический эффект имел место. Необходима ещё и воля соответствующего частного субъекта. И именно это требует объяснения и корректного теоретического описания. Просто сказать, что объективное право в любом случае является источником юридического эффекта в обоих случаях, невозможно. Юридико-технически

[1] Duguit L. L'Etat, le droit objectif et la loi positive. P. 181.

[2] Ghestin J., Barbier H. Traité de droit civil. Introduction générale. 5e éd. T. 1. Paris: LGDJ, 2018. P. 208–210.

правовые последствия достигаются разными способами, и это требует объяснения.

Понятие социальной функции здесь мало что позволяет объяснить. По мнению Дюги, любые правовые возможности, которые предоставляются частным лицам нормами объективного права, являются социальными функциями. Но степень проявления индивидуальной воли в разных случаях различна. Но тогда это различие требует дополнительного объяснения, которое не может сводиться просто к понятию социальной функции. При помощи понятия социальной функции нельзя объяснить, по какой причине в одном случае управомоченный обладает полным контролем над юридическим эффектом, а в другом не обладает им вообще. В обоих случаях предоставление поведенческой возможности основано на социальной функции, но вот юридические техники, с помощью которых это предоставление осуществляется, носят совершенно разный характер. И то, что действительно требует объяснения, – это разница в юридических техниках, а не в социальных целях.

По существу, понятие социальной функции используется Дюги как метафора, которая позволяет избавиться от цивилистического категориального аппарата, существование которого он рассматривает как препятствие в построении дисциплины на новых основаниях. Однако этого-то как раз сделать ему и не удаётся, поскольку не получают объяснения ключевые черты частного права, его дозволительный характер, самым концентрированным выражением которого и является категория субъективного (частного) права.

Даже если оставаться исключительно в рамках социологического понимания функций правовых институтов, как предпочитает Дюги, проблему корректного теоретического описания автономии воли обойти не удастся. В самом деле, если автономия воли в некоторых случаях существует, то именно этот факт должен получить адекватное теоретическое описание в категориях социальной функции[1]. Вместо этого Дюги объясняет, почему автономии воли не может быть с точки зрения социальной функции. Но это-то как раз особого объяснения не требует. Объяснения требуют именно те случаи, в которых свобода усмотрения признаётся.

Интересную попытку объяснить именно эти проблемы в духе критического отношения к принципу диспозитивности и к категории субъективного права предпринял выдающийся американский правовед Роберт Хейл.

Основной акцент в своих исследованиях Хейл сделал как раз на критику понятия свободы выбора или свободы усмотрения, которые классическая теория частного права рассматривала в качестве основного компонента категории субъективного частного права. Базовая интуиция Хецла заключается в том, чтобы деконструировать традиционное представление о соотношении свободы и принуждения. Традиционный взгляд в этом вопросе исходит из того, что сфера частного права представляет собой сферу проявления индивидуальной свободы.

[1] Roubier P. Op. cit. P. 81.

Основные частноправовые институты, вещное и обязательственное право воплощают в себе идею свободы и самоопределения субъектов частного права. Однако, как полагает Хейл, эта свобода и самоопределение являются таковыми лишь на первый взгляд.

Дело в том, что выбор, который осуществляется субъектом, имеет место в рамках уже сложившейся сетки взаимоотношений, в которой одни субъекты ограничивают возможность свободы выбора другими субъектами, и наоборот. В самом деле, тот факт, что определённые объекты уже присвоены определёнными субъектами и приобретены ими на праве собственности, ограничивают доступ к ним других субъектов и создают для них дополнительные обязанности не нарушать чужое право собственности. Это оказывает воздействие на сферу, в рамках которой каждый субъект частного права действует и может проявлять свободу усмотрения. Другими словами, свобода усмотрения изначально определяется результатами действий других лиц. Количество опций, которые может выбрать тот или иной субъект, зависит от поведения других лиц, и наоборот.

Соответственно, поведение субъекта хотя по внешней форме своего проявления и выглядит добровольным (*volitional*), на самом деле является следствием принуждения. В самом общем виде принуждением является ситуация, когда лицо ставится перед необходимостью выбора, когда каждая из альтернатив, из которых приходится выбирать, не является благоприятной с точки зрения целей и интересов осуществляющего выбор[1]. В результате выбирающий вынужден выбирать между плохим и очень плохим для себя вариантами. В таком случае он оказывается *вынужденным* выбрать лучшее из худшего. По этой причине выбор в таких условиях нельзя считать в полной мере добровольным.

В самом деле, описанная ситуация очень сильно напоминает то, что в частном праве относится к институту недействительности сделок, заключённых под влиянием угрозы или насилия. Ведь угроза как раз и означает то, что тот, кому угрожают, ставится перед альтернативой, оба варианта которой ему невыгодны и нежелательны для него. И расчёт строится как раз на том, что та опция, выбора которой желает осуществляющий угрозу, покажется осуществляющему «выбор» меньшим злом[2]. Естественно, что такого рода

«выбор» не является свободным в полном смысле слова, и именно по этой причине частное право содержит юридические механизмы признать его недействительным.

Но проблема в том-то и заключается, что если буквально следовать логике вышеприведённых размышлений, то любой выбор между более или менее неблагоприятными для выбирающего альтернативами должен квалифицироваться не как свобода, а как принуждение. Именно это и попытался продемонстрировать Роберт Хейл.

[1] Tretyakov S. The Concept of Legal Coercion and Power-Conferring Legal Regimes // Russian Law Journal. 2017. Vol. 5. No. 1. P. 33–56.
[2] Tretyakov S. Power Conferring Legal Rules As Coercive Offers? // Russian Law Journal. 2018. Vol. 6. No. 1. P. 4–27.

В самом деле, возьмём в качестве примера положение работника на рынке труда. Тот факт, что лицо вынуждено продавать свою способность к труду, тесно связан с тем, что инымобразом соответствующий субъект лишён возможности получить доступ к материальным благам, которые необходимы ему для жизни и деятельности. Доступ этот ограничен вследствие существования института частной собственности, а именно вследствие того, что он вынужден для получения доступа к благу испрашивать разрешения частного собственника. А собственник согласится предоставить доступ к принадлежащему ему благу, как правило, только в обмен на встречное удовлетворение. По этой причине субъект вынужден обменивать свою способность к труду на доступ к материальным благам.

Эту ситуацию в принципе можно рассматривать по аналогии с тем, как в случае угрозы лицо, эту угрозу осуществляющее, ставит субъекта перед альтернативой, выбора в которой он хотел бы вообще избежать. В рассматриваемом случае «настоящей» свободы выбора у субъекта нет, так как действие чужого права собственности ограничивает егодоступ к благам, которые необходимы ему для удовлетворения его потребностей. Таким образом, свобода выбора, принадлежащая одному субъекту (субъекту права собственности), ограничивает свободу другого лица.

Но эта же ситуация работает и в обратную сторону. Собственник, он же работодатель, заинтересован в привлечении работника к труду. Ведь доступ к способности к труду представляет собой такой же экономически ценный актив, как и доступ к материальному благу. И предоставить этот доступ может лишь сам потенциальный работник, за которым закреплено право распоряжаться собственной способностью к труду исключительно по своему усмотрению. Следовательно, в данном случае свобода одного лица (свобода распоряжаться своей способностью к труду) ограничивает сферу опций, среди которых может выбирать другое лицо (потенциальный работодатель).

Отсюда проистекает и итоговый вывод Роберта Хейла – любой «свободный» выбор в действительности предполагает и осуществляется в рамках сетки взаимного принуждения. Для теории субъективного права отсюда проистекает следующее. Прежде всего, если согласиться с логикой рассуждений Роберта Хейла, то необходимо отказаться от самого понятия свободы усмотрения, возможности выбора и автономии воли субъектов частного права. Понятий, которые составляют основу категории субъективного права.

Второй момент связан с тем, что подобная трактовка свободы и принуждения открывает большие возможности для государственного вмешательства в частные дела. В самом деле, если любые хозяйственные решения, которые субъекты частного права принимают, являются следствием взаимного принуждения, которое они осуществляют друг на друга, т.е. всегда основания для вмешательства публичной власти с целью «сбалансировать» это взаимное

принуждение участников экономического оборота. Поскольку принуждение носит взаимный характер, то кто из участников соответствующего отношения сильнее, а кто слабее, зависит от конкретного контекста, в котором это отношение складывается. Соответственно, правопорядок должен в каждом конкретном случае искать оптимальный баланс взаимоотношений, чтобы защитить более слабую сторону и ограничить чрезмерную власть более сильной стороны.

На уровне юридической техники это получило выражение в представлении Хейла, в соответствии с которым субъективные права производны от политико-правового решения правопорядка, публичной власти. Тут необходимо подчеркнуть отличие позиции Хейла от традиционных взглядов на эту проблему, которые сложились в рамках юридико-позитивистской концепции правопонимания.

С точки зрения юридического позитивизма объективное право обладает безусловным приоритетом над субъективными правами, являясь их юридическим источником. Это не мешает многим версиям юридического позитивизма признать не только самостоятельный характер субъективного права как особого вида юридической техники, с помощью которой осуществляется правовое регулирование, но и специфическую функцию субъективного права.

В этом смысле юридический позитивизм оказывается совместимым с идеей автономии частного права[1]. Он совместим с ней ровно до тех пор, пока оказывается возможным признать некоторые сферы взаимодействия субъектов и некоторые социальные практики в качестве свободных от принуждения и складывающихся на основе доброй воли самих субъектов. Иначе говоря, в конечном итоге то, что обеспечивает автономию частного права в условиях господства юридического позитивизма, – это строгое и последовательное отделение добровольного и принудительного. В рамках подобного правопонимания в качестве принуждения квалифицируется весьма ограниченный круг феноменов, касающихся прежде всего ситуаций, когда субъекта агрессивно (посредством обмана, угрозы или насилия) побуждают согласиться на то, что он при прочих равных не выбрал бы.

Позиция Хейла радикально отличается от этого взгляда. Хейл полагает, что различие между добровольным и принудительным не является столь резким, как это представляется классической теории частного права. Любой выбор, осуществляемый субъектом частного права, является в той или иной мере принудительным. Принуждение как бы «разлито» в социальных практиках[2]. По этой причине публичная власть не может ограничиваться лишь «признанием» и принудительным осуществлением результатов стихийно складывающего взаимодействия субъектов экономического оборота по той простой причине, что нет уверенности, что эти стихийные взаимодействия являются полностью добровольными,

[1] Jansen N., Michaels R. Op. cit.
[2] Fried B. The Progressive Assault on Laissez Faire: Robert Hale and the First Law and Economic Movement. Cambridge; London: Harvard University Press, 1998. P. 50.

поскольку, как полагал Хейл, ничего полностью добровольного и полностью принудительного в процессах социального взаимодействия просто не существует.

Но если это так и каждая экономическая операция на рынке представляет собой результат взаимодействия, основанного на взаимном принуждении, то никакие результаты такого взаимодействия не могут просто признаваться правом на основании того, что они сложились стихийно и отсутствовало прямое и агрессивное принуждение. Принуждение может иметь косвенный характер, но от этого оно не перестаёт быть принуждением. Более того, такое косвенное принуждение может быть куда более интенсивным, чем прямое агрессивное воздействие на волю субъекта.

Из этого вытекает вполне определённое представление о роли правопорядка в регулировании такого рода цепочек социальных взаимодействий, каждая из которых в той или иной степени складывается под влиянием взаимного принуждения. Задача правопорядка, публичной власти в рамках таким образом понимаемой модели правового регулирования заключается в активном вмешательстве в частные дела с целью поиска «оптимального»баланса во взаимоотношениях сторон и ограничения чрезмерной экономической силы одной из сторон экономического отношения.

Логика этой модели довольно очевидна. Если принуждение имманентно социальным интеракциям, то нет большой беды, если государство также применяет принуждение, чтобы скорректировать «неправильный» результат стихийно складывающегося социального взаимодействия. Скорее наоборот, вмешательство государство начинает выглядеть не принуждением, а коррекцией дисбалансов, вызванных взаимным принуждением, которое сами частные лица оказывают друг на друга. Иначе говоря, стихийно складывающееся во взаимоотношениях частных лиц между собой взаимное принуждение оправдывает применение государственного принуждения для «исправления» этого стихийно складывающегося принуждения.

Соответственно этому, частные права теряют свою автономию и не могут рассматриваться вне задачи публичного правопорядка балансировать их относительно друг друга. Логика рассуждений Хейла в данном случае сводится к следующему. Поскольку взаимное принуждение в стихийно складывающихся взаимодействиях частных лиц друг с другом является имманентным свойством этих взаимодействий, то всё время существует риск того, что экономически более сильная сторона будет принуждать экономически более слабую сторону к невыгодному для последнего выбору. Для того чтобы избежать этого, необходимо делегировать правопорядку возможность вмешиваться во взаимоотношения сторон, чтобы корректировать этот неблагоприятный результат, ограничивая возможности более сильной в экономическом отношении стороны.

Очевидно, что такая трактовка функций публичной власти в регулировании экономического оборота не оставляет места для автономии частного права. Любые частные договорённости могут в любой момент быть пересмотрены публичной властью, если она придёт к выводу о том, что эти договорённости были результатом «принуждения», которое более сильная в экономическом отношении сторона осуществляла в отношении более слабойстороны.

Для категории субъективного частного права позиция Хейла также не обещает ничего хорошего. Прежде всего, как уже отмечалось выше, подвергается ревизии сама основа классического понимания субъективного права, свобода усмотрения управомоченного субъекта. Строго говоря, никакой свободы усмотрения, по крайней мере в чистом виде, не существует в принципе с точки зрения Хейла. Любое социальное взаимодействие представляет собой лишь частично результат свободного решения, поскольку это решение всегда складывается в некоторых «предлагаемых обстоятельствах». И именно по этой причине правопорядок может и должен при необходимости «корректировать» его результат.

Кроме того, итоговый результат правового регулирования всегда представляет собой результат балансирования разных интересов и целей. И никакие отдельные интересы не обладают *a priori* приоритетом над другими. Но это противоречит самому смыслу категории субъективного права, если понимать её как гарантированную субъекту сферу исключительного господства. Никакой гарантированной сферы господства индивидуальной воли с точки зрения Хейла просто не может существовать, поскольку это означает, что какие-то интересы обладают привилегированным статусом и на этом основании должны бытьизъяты из необходимости их взаимной балансировки, что представляется Хейлу немыслимым, ибо поиск баланса взаимного принуждения между субъектами экономического оборота и составляет, по его мнению, существо правопорядка.

Таким образом, можно сказать, что, по мнению Хейла, частные права не просто производны от правопорядка в том смысле, что их признание объективным правом необходимо и желательно с точки зрения обеспечения гарантии их принудительной осуществимости с помощью государства. Предоставление частного права, защита частного интереса представляет собой результат осознанной деятельности публичной власти по определению баланса интересов различных субъектов. В рамках так понимаемой функции правопорядка самостоятельной категории субъективного права просто не остаётся места.

Основной недостаток теории Хейла, как представляется, составляет крайне спорная трактовка им феномена принуждения. Именно в высшей степени широкая трактовка понятия принуждения позволяет Хейлу легитимировать вмешательство публичной власти в частное право. Между тем понимание Хейлом феномена принудительного и его соотношения с добровольным вызывает вопросы.

Парадоксальным образом оказывается, что буквально всё в социальной реальности является результатом принуждения. Это противоречит базовым интуициям, которые существуют относительно понятий добровольности и принуждения. Можно считать одинаковыми ситуации, когда кто-то использует угрозу или насилие, чтобы побудить лицо совершить определённое действие, и ситуацию, когда лицо «вынуждено» согласиться на рыночную цену того товара, которое оно продаёт? Даже если полагать, что и в том и в другом случае мы имеем дело с принуждением, то совершенно очевидно, что это разные случаи. И если в первом случае вмешательство правопорядка в виде возможности признать основное на угрозе или насилии волеизъявление недействительным, то во втором случае необходимость подобного вмешательства вызывает серьёзные сомнения.

Собственно, в этом и заключается проблема. Называя два разнородных феномена одним и тем же термином, Хейл пытается правовые последствия, которые в первом случае рассматриваются как естественные и необходимые, сделать столь же естественными и необходимыми во втором случае. Но этого невозможно сделать без дополнительных аргументов, просто переименовав соответствующее социальное взаимодействие из добровольного в принудительное.

Хейл понимает это. Поэтому он не утверждает, что принудительность всегда и во всех случаях должна легитимировать государственное вмешательство. Суть его позиции сводится к тому, что поскольку принуждение «разлито» в самой социальной реальности, нет оснований ни в каком случае *a priori* исключать государственное вмешательство на том основании, что соответствующее отношение имеет добровольный характер. Добровольного полностью, как и целиком принудительного, в социальных взаимодействиях ничего не бывает. А по этой причине любая экономическая операция может в принципе быть пересмотрена в результате вмешательства правопорядка. В известной мере все частные права предоставляются правопорядком «под условием», нет ничего абсолютного и нерушимого.

Иными словами, истинная цель расширения понятия принуждения в праве состоит в том, чтобы облегчить легитимацию государственного вмешательства. В самом деле, если нет ничего добровольного, а всё является в той или иной степени принудительным, то правопорядку придётся заниматься поиском баланса, это будет его естественная функция.

Проблема только состоит в том, что подобная трактовка всё равно не устранит различия между очевидными случаями принуждения и тем широким его пониманием, которое предлагает Хейл. И в последнем случае квалификация того или иного социального взаимодействия как обладающего принудительным характером не избавит от необходимости аргументировать вмешательство государства каким-то дополнительными аргументами, потому что широкое понимание принуждения девальвирует ссылку на него в качестве аргумента в пользу

вмешательства государства. Ведь если принуждение везде, то в известномсмысле оно и нигде. А это значит, что сама по себе принудительность ещё ничего не говорит относительно необходимости вмешательства государства. Для этого требуются дополнительные аргументы. Соответственно, единственное, чего можно добиться с помощью аргументации Хейла, это вообще сделать аргумент о принудительном / добровольном не имеющим силы. Вероятно, именно с этой целью Хейл его и использовал. Главная задача состояла в том, чтобы деконструировать то, что представляется «естественным», а следовательно, не требующим корректировки и вмешательства. Именно желание левой части идеологического спектра, к которой, безусловно, относился Роберт Хейл, устранить как можно больше сфер автономии частных субъектов, в которых естественным результатом их взаимодействия признаётся стихийно складывающийся результат, является истинной причиной появления широкого понимания принуждения. И именно по этой причине теорию Хейла следует рассматривать как глубоко враждебную автономии частного права.

Попробуем, однако, обратиться к анализу содержания понятия принуждения, которое положил в основу своей теории Хейл. Можно предположить, что принуждение с точкизрения Хейла представляет собой любое ограничение возможности выбора, которое субъект осознаёт в качестве такового[1]. Проблема такого понимания состоит в том, что в таком случае все решения, акты выбора, которые совершает каждый субъект, необходимо рассматривать в качестве принятых под принуждением[2]. Любой выбор подразумевает наличие некоторого социального фона, некоторых условий, в рамках которых соответствующее решение принимается.

В то же время нельзя относить к проявлениям этих фоновых условий ситуации, в которой кто-то намеренно ставит выбирающего перед неблагоприятной для него альтернативой с целью побудить выбирающего выбрать выгодный для себя вариант поведения. Типичная в этом смысле ситуация – угроза неправомерных действий с целью побудить субъекта совершить выгодное для угрожающего действие. Иными словами, принудительность здесь необходимо трактовать не как просто ограничение свободы выбора в плане ограниченного количества (не очень благоприятных для выбирающего) альтернатив, а как искусственно созданную принуждающим лицом ситуацию выбора из неблагоприятных для выбирающего альтернатив.

Принуждение в этом смысле является результатом осознанной деятельности (агрессивного поведения) принуждающего, а не составляет результат действия опасных социальных взаимодействий. В этом смысле принуждение вследствие угрозы неправомерного насилия и принуждение на рынке труда, когда рыночный уровень вознаграждения за труд оказывается недостаточным с точки зрения потенциального работника, – это далеко не одно

[1] Schauer F. The Force of Law. Cambridge; London: Harvard University Press, 2015.
[2] Hale R.L. Coercion and Distribution in a Supposedly Non-Coercive State // Political Science Quarterly. 1923. Vol. 38. No. 3. P. 472.

и то же[1]. Ограничение опций существует и в том, и в другом случае, но причины его различны. Должны ли мы игнорировать это различие на терминологическом уровне, называя и то, и другое выбором, который осуществляется под влиянием принуждения?

Более общая проблема, связанная с подобной широкой трактовкой понятия принуждения, связана с тем, что столь широко трактуемое принуждение оказывается анонимным. Такое принуждение в буквальном смысле не осуществляется никем конкретно, а определяется объективными закономерностями социальных взаимодействий. Стихийно складывающееся рыночное равновесие, рыночная цена в равной мере обладает принудительным характером для всех участников рынка, и никто из них не в состоянии изменить здесь что-либо по своему усмотрению. В этом смысле такого рода феномены, скорее, следует трактовать как естественные фоновые условия, в рамках которых индивидам приходится делать выбор. Эти естественные условия могут быть благоприятны для одних категорий участников хозяйственного оборота и неблагоприятны для других, но они складываются стихийно, а не формируются кем-либо намеренно.

По этой причине принуждением следует считать не любое неблагоприятное для выбирающего ограничение опций, между которыми приходится выбирать, а намеренное и искусственное ограничение этих опций с целью принудить выбирающего сделать определённый и нежелательный для него выбор. Иными словами, принуждение в собственном смысле – это намеренная постановка субъекта перед необходимостью совершить выбор из альтернатив, каждая из которых является неблагоприятной и нежелательной для него[2].

Широкое понятие принуждения, которого придерживается Роберт Хейл, обладает ещёодним существенным изъяном. Проблема состоит в том, что трактовка принуждения как любого ограничения свободы выбора не уточняет, относительно какой базы это ограничение отсчитываться. Некто вынужден соглашаться на рыночную цену продаваемых им услуг, но считает эту цену заниженной. Следует ли считать, что этот некто действует под принуждением, если соглашается продать по рыночной цене? Можно предположить, что продающий психологически именно так и воспринимает описанную ситуацию. Но можно ли считать достоверным масштабом оценки субъективную оценку ценности услуг самим продавцом? Иными словами, какая конкретно альтернативная опция оказывается закрытой для продавца вследствие действия анонимной стихии рынка? И могла ли такая альтернативная опция вообще возникнуть где-либо или когда-либо в реальности?

Эта проблема является отражением того, что понятие принуждения предполагает искусственное исключение какой-либо реальной альтернативной опции с целью понудить

[1] Hale R.L. Bargaining, Duress, and Economic Liberty // Columbia Law Review. 1943. Vol. 43. No. 5.
[2] Tretyakov S. Power Conferring Legal Rules As Coercive Offers?

выбирающего выбрать выгодную для другого лица опцию поведения. При такой трактовке проблемы оценки реального характера той опции, которая исключается, не возникает, ибо эта опция реально существовала, но была искусственно и намеренно исключена субъектом, осуществляющим принуждение. Например, путём угрозы выбирающему причинением ему ущерба, чтобы побудить его к совершению невыгодной для него сделки, выбирающий искусственно ставится перед нежелательным для него выбором между невыгодными для него опциями. При этом реально существующая опция – не заключать невыгодную сделку, не рискуя при этом претерпеть причинение ущерба, исключается в принципе. Между тем именно эта последняя опция и является наиболее естественной, если бы не намеренное и искусственное вмешательство лица, осуществляющего принуждение.

Сказанное, в свою очередь, позволяет понять весьма важную особенность принуждения в узком собственном смысле слова. Для того чтобы понять, является ли та или иная опция принудительной, необходимо сравнить её с реально существующей альтернативой, которая рассматривается в качестве обычной. Если опция ухудшает положение по сравнению с тем, что считается обычным и нормальным при данных обстоятельствах, т.е. основания её рассматривать в качестве принуждения. Если же опция улучшает положение выбирающего по сравнению с тем, на что он имеет право претендовать в обычном случае при сравнимых обстоятельствах, то эту предлагаемую субъекту опцию следует трактовать как оферту, даже в том случае, если она относится к разряду предложений, от которых крайне трудно отказаться.

Проиллюстрируем сказанное на классическом примере спасения утопающего. Предположим, что некто тонет, рядом проплывает лодки, и её хозяин предлагает спасти утопающего за огромную сумму. Никаких иных способов спастись у утопающего в данном случае нет. Утопающий соглашается, а после спасения пытается оспорить заключённую сделку со ссылкой на то, что она заключена под влиянием принуждения. С сугубо психологической точки зрения принуждение, трактуемое как ограничение возможности выбора, здесь налицо. Однако хозяин лодки в данном случае не является создателем ситуации, в которую попал тонущий. Он был бы им только в случае, если бы сам создал ситуацию, в которой оказался тонущий. Тем не менее хозяин лодки в данном случае *воспользовался* неблагоприятной для тонущего ситуацией. Можно ли считать этот случай принуждением? Всё в конечном счёте сводится к тому, каким образом трактовать исключённую предложением владельца лодки опцию, а именно безвозмездного спасения утопающего. Если безвозмездное спасение рассматривать в качестве общего правила, например, производного от морального долга любого индивида, то исключение этой опции хозяином лодки следует признать искусственным, а его поведение – создающим принуждение. Если же, напротив, исходить из того, что никто никому ничего не должен, то принуждения нет.

Таким образом, принуждение является не психологическим, а *нормативным* понятием. Нормативным в том смысле, что принудительность отсчитывается от определённого стандарта поведения, признаваемого в рамках соответствующего социума стандартным, нормальным. Альтернатива, перед которой ставится осуществляющий выбор, должна искусственно исключать то, что нормально трактуется в качестве естественного развития событий. Только таким образом можно понять, является ли то, что выбирающий субъективно воспринимает как ограничение, действительным ограничением.

Такая трактовка соотношения добровольного и принудительного вновь реставрирует то, что Хейл больше всего желал устранить, а именно различие между естественным ходом социального взаимодействия, который, как правило, являются результатом действия анонимных и стихийно складывающихся социальных взаимодействий, и искусственно созданными с намерением побудить субъектов к совершению нежелательных для них действий. Соответственно, атаку Хейла на понятие свободы выбора и свободы усмотрения субъектов следует признать неудавшейся. Для выделения ситуаций, которые характеризуются свободой выбора и свободой усмотрения, существуют достаточные основания. А широкая трактовка понятия принуждения не выдерживает критики, поскольку оно изначально базировалась на неверном психологическом истолковании понятий добровольного и принудительного.

Это означает, что понятие субъективного права невозможно критиковать как выражающее «несуществующую» в реальности автономию воли. Фронтальная атака на понятие автономии воли вряд ли способна привести к успеху, пока правопорядок исходит из прямого и недвусмысленного признания юридического значения индивидуальной воли как правопорождающего фактора. Можно сомневаться в той мере и степени, в которых объективное право наделяет индивидуальную волю способностью порождать, изменять или прекращать права и обязанности. Но отрицать сам тот факт, что индивидуальная воля такой способностью наделяется в принципе, невозможно.

Второй важный вывод, который вытекает из анализа теорий Леона Дюги и Роберта Хейла, состоит в том, что сама ссылка на объективно-правовое происхождение субъективных прав не приводит к необходимости отрицания автономии понятия субъективного права. Такая трактовка фатально не учитывает юридико-технический аспект проблемы. В конечном счёте вопрос сводится к тому, следует ли каким-либо образом выделять ситуации, когда правовой эффект в виде возникновения, изменения и прекращения прав и обязанностей обусловлен тем, выражает ли соответствующий субъект свою волю на наступление этого юридического эффекта. В подобных ситуациях правовые последствия не могут наступить иным образом, кроме как посредством свободного волеизъявления субъекта частного права. Эту ситуацию, вероятно, и следует считать ядром понятия субъективного права.

Реальную проблему в данном случае составляет то, что юридическое значение индивидуальной воли в различных частноправовых контекстах носит не всегда одинаковый характер. И в связи с этим существуют сомнения, можно ли привести понятие свободы усмотрения, свободы выбора или господства воли к единому знаменателю для всех видов и типов субъективных прав. Но это возражение не отрицает категорию субъективного права как таковую.

Одна из наиболее распространенных риторических стратегий, направленных на критику самого понятия субъективного (частного) права, представляет собой тезис: «Нет прав без обязанностей». «Волшебная» формула, столь же частно торжественно произносимая, сколь и неопределённая. Обычно это заклинание произносится теоретиками, резко критически настроенными по отношению к классической модели частного права и, соответственно, к фигуре субъективного права как важнейшему её компоненту. Характерно также и то, что «левые» и «правые» критики традиционной модели часто неотличимы другот друга и активно заимствуют аргументы друг у друга. Наконец, важно и то, что все эти критики не особенно утруждают себя глубокой, тщательной и подробной аналитической разработкой своих возражений и контртезисов. В большинстве случаев дело ограничивается эмоциональной публицистикой, рассчитанной на неосведомлённую аудиторию, что, впрочем, характерно практически для всех подобного рода радикальных течений.

Тем не менее рассматриваемый риторический тезис столь широко распространён и столь безоснователен, что необходимо в его отношении произвести как раз то, чего всячески избегают радикальные критики классической модели частного права, а именно осуществить более или менее подробную аналитическую реконструкцию. В качестве яркого образчика риторики рассматриваемого типа уместно было бы взять взгляды Отто фон Гирке и, отталкиваясь от них, провести анализ проблемы.

Исходный пункт рассуждений Гирке заключается в необходимости помнить о «социальной задаче» частного права[1]. Именно в качестве проявления этой «социальной задачи» частного права Гирке и рассматривает принцип «единства прав и обязанностей». Что же понимает германский теоретик под этим принципом?

Прежде всего Гирке утверждает, что субъективное право нельзя понимать в качестве «индивидуальной (правовой) власти», поскольку волевое отношение, лежащее в основе субъективного права, не одностороннее, а двустороннее[2]. Там, где воля одного лица противостоит воле другого лица, неограниченная обязанностями (правовая) власть исключена[3].

[1] Ключевой текст Гирке по этому вопросу так и называется (см.: Gierke O. von. Die soziale Aufgabe des Privatrechts. Berlin; Heidelberg: Springer, 1889).
[2] Ibid. S. 17.
[3] Ibidem.

Отсюда и выводится принцип «нет прав без обязанностей».

Нельзя не отметить крайнюю неопределённость рассматриваемых рассуждений. Прежде всего, что означает двусторонний характер волевой связи субъектов, из которой «дедуцируются» все остальные выводы? По контексту можно предположить, что Гирке противопоставлял классическое понимание права собственности как «отношения к вещи» и альтернативную концепцию, в соответствии с которой право собственности представляет собой (волевое) отношение между субъектами. Первая трактовка тяготеет к излишнему индивидуализму, поскольку не учитывает включённость в правоотношения собственности и всех иных (помимо собственника) лиц, воля которых также участвует в обеспечении господства собственника над вещью. В этом смысле действительно право собственности не может существовать без обязанностей иных лиц. Но дело в том, что эти обязанности как раз и направлены на обеспечение абсолютного господства собственника, поскольку заключаются в необходимости воздерживаться от нарушений чужого права собственности. Гирке делает из того, что право собственности обеспечивается обязанностями всех иных лиц не чинить препятствий собственнику, вывод о невозможности господства без обязанностей[1]. Очевидно, что имеются в виду не обязанности иных лиц не нарушать чужое право собственности, а некие обязанности самого собственника. Иначе говоря, мы имеем дело с классической подменой тезиса. Из того, что право собственности немыслимо без обязанностей третьих лиц его не нарушать, не следует автоматически, что право идентично обязанности (иных лиц) или что право собственника ограничено его обязанностями. Перед нами классический случай подмены понятий, которые звучат одинаково только с первого взгляда и только для не очень подготовленной, но идеологически предвзятой аудитории.

То, что Гирке имеет в виду прежде всего некие обязанности самого управомоченного (в рассматриваемом им случае – обязанности собственника), получает подтверждение в дальнейшем изложении, где он рассуждает о запрете шиканы как проявлении этих обязанностей[2]. Однако далее Гирке утверждает следующее: «С положением «нет прав без обязанностей» тесно внутренне связано наше германское представление о том, что каждое право имеет внутренние границы»[3].

В данном случае положение «нет прав без обязанностей» трактуется уже не в духе принципа корреляции (соответствия прав обязанностям), а в аспекте самоограничения, имманентно присущего каждому субъективному праву[4].

---

[1] Ibidem.
[2] Gierke O. von. Op. cit. S. 18.
[3] Ibid. S. 20.
[4] Правда, Гирке предусмотрительно осторожен в формулировках: об этом свидетельствует оговорка о «тесной связи» (но не полной идентичности) понятия внутренних границ права с принципом «нет прав без обязанностей». Но это лишь риторические ухищрения: уже при рассмотрении «ограниченного» обязанностями права

Для понимания этого довольно важного момента следует чётче зафиксировать различия между классической теорией «внешних» границ субъективного права и теорией «внутренних» (имманентных) границ субъективного права, которую предложил Гирке. На концептуальном уровне различие сводится к следующему. Классическая теория «внешних» границ рассматривает ограничения права как заданные извне, как правило, со стороны публичного права, а не вытекающие из самого существа субъективного права. Субъективное право в отношении определённого объекта представляет собой своего рода «правовую монополию» на определённый вид поведения, предоставленную управомоченному. Содержание и границы права определяются исходя из необходимости предоставить управомоченному возможность контроля над объектом права и зависит прежде всего от особенностей установления «юридической монополии» применительно к той или иной разновидности объекта права. Это, естественно, не означает, что соответствующие правовые возможности воздействия на объект права, принадлежащие управомоченному, являются безграничными. Отдельные изъятия из содержания права, которые не вытекают из сущности самого права, а определяются текущими «политико-правовыми» соображениями, возможны. Но они рассматриваются на концептуальном уровне как *ограничения осуществления права*[1].

Соответственно, в классическую конструкцию субъективного права заложена идея тяготения любого субъективного права к закреплению за управомоченным правовой монополии. Герберт Харт удачно выразил эту базовую интуицию, связанную с классическим пониманием категории субъективного права, назвав носителя субъективного права «сувереном в небольшом масштабе» (*small-scale sovereign*)[2]. Идея «суверенитета в небольшом масштабе» и юридической монополии подразумевает то, что по умолчанию управомоченный обладает полной свободой в определённой области, границы которой задаются извне, но не меняют существа самого права как монополии, просто монополия эта будет большего или меньшего объёма в зависимости от существования конкретных ограничений.

То, что отдельные конкретные ограничения права определяются извне и рассматриваются как «изъятия» из общего принципа «юридической монополии», имеет крайне важное следствие: при отпадении соответствующих запретов или обязанностей, устанавливающих границы и изъятия, субъективное право «восстанавливается» до своих «естественных» форм, определяемых идеей юридической монополии. Иными словами, в соответствии с классической традицией границы права вытекают из его существа, а отдельные изъятия и ограничения, налагаемые на отдельные элементы его содержания, рассматриваются как ограничения

собственности ясно видно, что здесь в первую очередь имеются обязанности самого собственника, а не иных лиц.

[1] Haferkamp H.-P. Die heutige Rechtsmissbrauchslehre – Ergebnis nationalsozialistischen Rechtsdenkens? Berlin: Verlag A. Spitz; Baden-Baden: Nomos, 1995. S. 148.

[2] Hart H.L.A. Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Theory. P. 183.

осуществления права. В этом смысл, например, так называемой «эластичности права собственности, которая понимается как способность права собственности восстанавливаться до своего первоначального состояния при отпадении ограничений (например, снятия ареста, наложенного на имущество). Та же идея получает выражение в том, что результатом наложения на объект права ареста является не прекращение соответствующих правомочий, входящих в состав соответствующего субъективного права, а временная невозможность их осуществления. Иными словами, проведение разграничения между ограничением субъективного права и ограничениями осуществления субъективного права имеет свою логику и является вполне рациональным с точки зрения классической теории «внешних» ограничений субъективного права.

Именно эта логика и вызывает принципиальные возражения со стороны Гирке. По его мнению, ограничения субъективного права вовсе не налагаются правопорядком извне, как «обременения», которые никоим образом не вытекают из существа самого права, а напротив, прямо вытекают из существа самого права. Иными словами, границы имманентны характеру субъективного права, определяются не извне, а изнутри. То есть в конечном итоге права неразрывно связаны с обязанностями, что и старался доказать Гирке.

Очевидно, что этот второй контекст проявления принципа «нет прав без обязанностей» не совпадает с первым контекстом, началом корреляции (соответствия между правами и обязанностями). Если в случае принципа корреляции речь идёт о правах и обязанностях различных субъектов, то применительно к теории имманентных границ субъективного права речь идёт о правах и обязанностях одного и того же лица. Насколько вообще в данном случае правомерно объединять эти контексты? Для того, чтобы ответить на этот вопрос, представляется необходимым провести аналитическую реконструкцию тех ситуаций, которые могли бы рассматриваться как проявления принципа «нет прав без обязанностей». Представляется возможным выделить по крайней мере три подобных контекста, которые имеет смысл поочерёдно рассмотреть.

Первым контекстом, в котором проявляется положение «нет прав без обязанностей», является принцип корреляции (соответствия) между субъективными правами и юридическими обязанностями. Это классический случай, который вызывает меньше всего дискуссий, одновременно служит своеобразной точкой отсчёта для любых рассуждений о «неразрывном единстве прав и обязанностей» в частном праве. В этом мы уже имели возможность убедиться на примере рассуждений Гирке, вся риторика которого сводится к незаметным переходам от одной (менее спорной) интерпретации положения «нет прав без обязанностей» к другому (гораздо более спорному).

Но дело в том, что даже эта традиционная интерпретация положения «нет прав без

обязанностей» в виде принципа корреляции не является в цивилистике общепризнанной. Наиболее подробное обоснование этого принципа содержится в работах Эрнста Рудольфа Бирлинга.

Исходный тезис теории Бирлинга состоит в том, что право представляет собой способ регулирования поведения индивидов путём установления обязательных предписаний (обязанностей и запретов). Соответственно, поскольку эти обязательные предписания обращены к воле и сознанию индивидов, чьё поведение подлежит регулированию, то право представляет собой прежде всего феномен индивидуального и коллективного сознания. Ведь для того, чтобы обязанности и запреты мотивировали индивидов к соответствующему поведению, необходимо, чтобы они стали частью их сознания[1]. Отсюда Бирлинг выводит свою «теорию признания» (*die Anerkennungstheorie*), суть которой заключается в том, что конститутивным признаком права является факт признания его предписаний (обязанностей и запретов) со стороны самих субъектов, к которым эти предписания обращены. Логика в данном случае следующая: для того, чтобы правовые предписания оказывали мотивирующее действие на поведение субъектов, необходимо, чтобы эти предписания стали частью сознания этих субъектов, были ими интернализированы. Право регулирует поведение, воздействие на волю и сознание самих субъектов, поэтому, строго говоря, без их признания в качестве обязательных эти предписания не могут оказывать мотивирующего воздействия на их поведение. Поэтому признание со стороны членов соответствующего сообщества и является конститутивным признаком права этого сообщества[2].

Предписания «переживаются» субъектами всегда как требования и обязанности[3]. Ведь если правовые предписания обращены к воле и сознанию субъектов права, то и переживаются субъектами они необходимым образом как *требования (притязания) и обязанности.* Позже Л.И. Петражицкий, чья психологическая теория права формировалась под сильным влиянием теории признания Бирлинга, назовёт этот феномен «императивно-атрибутивными переживаниями»[4].

Таким образом, в рамках теории Бирлинга принцип корреляции не просто получил обоснование, он вытекает у него из природы объективного (а не только субъективного) права. Это происходит за счёт существенной релятивизации разграничения между субъективным и объективным правом. В самом деле, если право в конечном счёте представляет собой сугубо психологический феномен, то объективное право представляет собой абстракцию содержания

---

[1] Bierling E.R. Juristische Prinzipienlehre. Bd. 1. Freiburg i. B.; Leipzig: Mohr Siebeck, 1894. S. 19–70.
[2] Ibid. 1. S. 146.
[3] Ibid. S. 157.
[4] Петражицкий Л.И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. Т. 1. СПб.: типограия товарищества «Екатерингофское печатное дело», 1909.

индивидуальных императивных и атрибутивных переживаний[1].

Характерно и то, что Бирлинг рассматривает пару «право требования (притязание) / юридическая обязанность» в качестве *единственного* механизма правового регулирования. Регулирование при помощи дозволений (предоставляющих возможности фактического поведения) или секундарных прав (предоставляющих возможности изменять чужие права и обязанности односторонним волеизъявлением управомоченного) в качестве самостоятельных способов регулирования отвергаются[2]. Дозволения рассматриваются как отсутствие обязанности, явление сугубо фактического характера, которое является результатом отсутствия правового регулирования. А секундарные права рассматриваются в качестве одного из условий действительности права требования[3].

Соответственно, пара «притязание / юридическая обязанность» остаётся единственной формой как объективного права (обязанности или запрета), так и субъективного права. А это, среди прочего, означает, что принцип корреляции является не просто характерной чертой правонаделения в частном праве, это конститутивный признак права вообще, важнейшая черта права, вытекающая из его сущности как феномена, принадлежащего сфере коллективного и индивидуального сознания.

Проведённая рациональная реконструкция теории Бирлинга позволяет обнаружить генетическую связь между строгим принципом корреляции, защищаемым Бирлингом, и его взглядами на природу права вообще. Другими словами, подобная «сильная» трактовка принципа корреляции возможна, только опираясь на психологическую трактовку права. Это, естественно, не было секретом для современников Бирлинга. Достаточно сказать, что «сильная» трактовка принципа корреляции, как и редукция всех возможных форм правонаделения в частном праве к паре «притязание / юридическая обязанность», не встретила понимания в германской теории ни во времена Бирлинга, ни позже[4].

С точки зрения цивилистической догматики вызывает возражения редукция субъективного права к притязанию. Трактовка дозволения в качестве сугубо фактической возможности, являющейся следствием отсутствия запрета, не является общепризнанной. Более того, как показывает анализ У. Хофельда, предоставление дозволения, даже если оно не снабжается запретом нарушать, обращённым к иным лицам, имеет самостоятельное юридическое значение и логически не может быть редуцировано к отсутствию обязанности[5]. Аргументация

---

[1] Bierling E.R. Juristische Prinzipienlehre. Bd. 1. S. 148.
[2] Ibid. S. 162–169.
[3] Иными словами, одностороннее волеизъявление лишь вводит в действие императив (пару «правотребования / юридическая обязанность»), но само не обладает юридическим качеством.
[4] Frydrych D. Rights Modelling // Canadian Journal of Law & Jurisprudence. 2017. Vol. 30. No. 1. P. 125–157.
[5] Hohfeld W.N. Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning // Yale Law Journal. 1917. Vol. 26. No. 8. P. 710–770.

Бирлинга против правонаделительного характера секундарных прав вообще неубедительна. В частности, Бирлинг утверждает, что секундарное право – это фактическое действие, которое следует квалифицировать в качестве одного из условий возникновения притязания. С этим невозможно согласиться, секундарное право – это именно *юридическая возможность* изменить чужую правовую сферу. Содержанием этой возможности является реализация права изменять чужие права. Это ничего общего не имеет с фактическими действиями, не имеющими юридического значения. В данном случае действия обладают юридическим значением. Более того, само содержание этих действий составляет возможность компетенционного типа, т.е. такая юридическая возможность, которая, будучи реализованной, создаёт, изменяет и прекращает права и обязанности других лиц. Можно ли всерьёз утверждать, что речь идёт о фактической возможности?

Однако главная проблема теории Бирлинга носит более общий характер. Большие сомнения вызывает прежде всего психологическая трактовка права. Если право представляетсобой сугубо психологическое явление, то неясно, как быть в случаях, когда субъекты не обладают возможностью или способностью к волеобразованию. Речь идёт не только о недееспособных, но и о тех, кто, например, не был осведомлён о содержании того или иного правового предписания. Ведь если все правовые предписания образуются (посредством признания) в сфере сознания, то, вероятно, те субъекты, которые не имели соответствующих «нормативно-атрибутивных переживаний», не должны рассматриваться как подчинённые действию соответствующего правового предписания.

Из этого затруднения Бирлинг пытается выйти, максимально расширяя понятие признания, что приводит в конечном итоге к его депсихологизации. Так, признание может быть не только прямым, но и косвенным. Для признания, в частности, может быть достаточно лишь проживания на определённой территории, что сопряжено с неизбежным выполнением юридических императивов. С точки зрения этой логики достаточно того, что субъект, находящийся на территории того или иного национального правопорядка, не может не выполнять требований права, по крайней мере некоторых из них, а раз он признаёт некоторые из них, он должен признавать все[1].

Совершенно очевидно, что в итоге мы имеем дело с фикцией признания и от психологического объяснения не остаётся ровным счётом ничего. Между тем, как было оказано выше, именно психологическая трактовка права позволяет вначале отождествить объективное право с субъективным (правовые предписания должны осознаваться в сознании индивидов), а потом редуцировать все субъективно-правовые формы к одной лишь паре «притязание / юридическая обязанность» (в сознании индивидов правовые предписания

[1] Bierling E.R. Juristische Prinzipienlehre. Bd. 1. S. 14.

опознаются как притязания и обязанности). Более того, и сам принцип корреляции в «сильном» смысле слова также всецело зависим от психологической трактовки права, поскольку право рассматривается как «императивно-атрибутивное переживание», т.е. корреляция вписана уже в саму (психологическую) основу права.

Если же психологическая трактовка по существу размывается и подменяется фикцией «признания» правопорядка в случае проживания на соответствующей территории, то устраняется и сама основа обоснования принципа корреляции. В самом деле, трудно себе представить ситуацию, в которой «признание» субъектом правопорядка означает одновременно, что он «признаёт» наличие у него конкретной обязанности, которой противостоит конкретное притязание. Логика теории признания должна предполагать обратный ход событий: сначала индивиды, каждый отдельности и все вместе, «признают», что в определённых случаях возникают притязания у одних лиц и соответствующие им обязанности у других, потом эти ситуации типизируются и приобретают характер объективного права, т.е. признание предшествует, если не темпорально, то логически, образованию права. В случае же «косвенного признания» (фикции) всё обстоит ровно наоборот: сначала субъект признаёт каким-то образом «правопорядок вообще», а потом из этого выводится, что он в «психологическом смысле» признаёт и наличие конкретных притязаний и обязанностей. Ясно, что субъект может в некоторых случаях не иметь ни малейшего представления о существовании этих притязаний и обязанностей, но всё равно это будет у Бирлинга квалифицироваться как «признание». Соответственно, устраняется и сама «психологическая» основа принципа корреляции в той его интерпретации, которойпридерживался Бирлинг.

Однако можно возразить: Бирлинг далеко не единственный теоретик, отстаивавший принцип корреляции, и его конкретная интерпретация корреляции не является безальтернативной. Например, тот же Хофельд исходил из того, что активные правовые позиции субъектов (т.е. такие, которые наделяют субъектов юридическими возможностями) всегда существуют в рамках пар, в которых каждой активной позиции одного субъекта противостоит пассивная позиция другого субъекта (т.е. позиция, содержанием которой является не преимущество, а ограничение, например, обязанность или связанность).

Существенное отличие теории Хофельда от точки зрения Бирлинга состоит в том, что Хофельд не ограничивал все модели правонаделения одной лишь парой «притязание / обязанность», а выделял четыре пары коррелятов («притязание / обязанность», «привилегия / отсутствие права», «(правовая) власть / связанность», «иммунитет / неспособность»(породить правовые последствия).

Интереснее другое. Все четыре пары построены как строгие корреляты. Опираясь на это, можно выделить ещё один контекст применения принципа корреляции. Этот контекст

существенно сложнее и интереснее, нежели теория Бирлинга. Прежде всего корреляции пар Хофельда имеет логическую, а не психологическую природу. Речь идёт о различных логических соотношениях между модальностями, которые существуют либо как взаимное соотношение (притязание обеспечивается обязанностью), либо как противоположности (отсутствие права противоположно наличию обязанности). С цивилистической же точкизрения принцип корреляции в данном случае означает то, что любая активная позиция (право, преимущество, компетенция) одного лица всегда неразрывно связана с пассивной позицией (обязанностью, отсутствием права, связанностью) другого лица. Иными словами, в частном праве любое правовое преимущество одного лица обеспечивается правоограничением для другого лица.

Эту особенность частного права Франц Быдлински назвал *принципом двустороннего обоснования* (*Prinzip der zweiseitigen Rechtsfertigung*), который он рассматривает в качестве важнейшего принципа частного права[1]. Суть принципа двустороннего обоснованияавстрийский цивилист видит в том, что в частном праве правонаделение для одного лица означает одновременно и правоограничения для другого лица. Частное право касается взаимоотношений частных субъектов между собой, поэтому права и правовые преимущества одного лица всегда предполагают обязанности и другие виды правовых ограничений для другого лица. По этой причине в частном праве обоснование любого правонаделения (предоставления субъекту юридической возможности) не может обосновываться исключительно интересами и потребностями только этого лица, а должно учитывать ещё и интересы и потребности того лица, которое будет своим поведением обеспечивать предоставление первому лицу преимуществ. Иными словами, преимущества и привилегии в частном праве всегда представляют собой привилегии и преимущества по отношению к кому-то, а не привилегии и преимущества вообще. Чтобы наделить кого-то частным правом, обеспечить управомоченному статус «суверена в небольшом масштабе», определённую поведенческую возможность более или менее исключительного характера (т.е. такую, которая не может одновременно в полном объёме принадлежать кому-то ещё), необходимо наложить правоограничения на поведение других лиц, запретив им определённые способы поведения, сделав определённые типы поведения юридически невозможными и т.п.

Важной особенностью частного права как раз и является то, что обоснование правонаделения (предоставления юридической возможности) должно касаться как соображений, касающихся активной стороны (предполагаемого управомоченного), так и пассивной стороны, чьё поведение будет обеспечивать предоставление юридической возможности. При этом оба типа соображений в *равной мере* подлежат учёту. Это отличает

[1] Bydlinsky F. Op. cit. S. 92–94.

принцип двустороннего обоснования от ситуации в публичном праве, в котором нередко соображения публичного характера изначально имеют больший вес, нежели частные интересы. Соответственно, последние могут либо вообще игнорироваться (и тогда речь пойдёт о принципе одностороннего обоснования), либо дискриминироваться по сравнению с публичным интересом.

В налоговом праве вполне мыслима подобная ситуация. С одной стороны, повышение доходов бюджета всегда осуществляется за чей-то счёт, поскольку государство само лишь распределяет созданные людьми ценности. В этом смысле ситуация сходна с частным правом, в котором предоставление преимущества одному лицу одновременно и автоматически означает создание ограничения для другого лица. Но если в частном праве, как уже говорилось выше, приходится в равной мере учитывать интересы и активной, и пассивной стороны, то в публичном праве интересы последней (в нашем случае налогоплательщика) можно трактовать как менее значимые или вообще игнорировать, что нередко и случается. В частном праве это не только нежелательно (нежелательно это и в публичном праве), но и невозможно, потому что права существуют в отношениях лиц друг к другу.

Совершенно очевидно, что такая трактовка принципа корреляции не только не противоречит концепции субъективного права, но и, наоборот, является важнейшим её выражением. Субъективное частное право представляет собой всегда право по отношению к иным субъектам, поскольку речь идёт об отношениях частных лиц друг с другом. Вместе с тем необходимо отметить, что строго двустороннее обоснование правонаделения в частном праве не мешает рассматривать частное право как систему субъективных прав, а не прав и обязанностей. Эта довольно важная мысль требует более подробного комментария.

На первый взгляд, принцип двустороннего обоснования правонаделения в частном праве предполагает равенство права и обязанности[1]. Это означает, что, как минимум, частное право не следует воспринимать как систему субъективных прав, а скорее систему правоотношений. А как максимум, теоретически можно описать частное право и как систему юридических обязанностей. Однако так кажется лишь на первый взгляд. Частное право представляет собой систему юридических возможностей, создание, приобретение, изменение и прекращение которых подчинено усмотрению самих субъектов частного права. Именно в этом состоит действующий в частном праве принцип правонаделения. Соответственно, первична именно активность самих субъектов и активность эта касается юридических возможностей, т.е. субъективных прав. Обязанности же выстраиваются вокруг прав с тем расчётом, чтобы

[1] Термины «право» и «обязанность» для простоты изложения употребляются здесь в смысле активной и пассивной позиции у Хофельда, т.е. охватывают не только притязания, но и привилегии, компетенцию и иммунитет и не только обязанность в строгом смысле слова (как коррелят притязания), но и связанность, отсутствие права и неспособность (породить правовые последствия).

надёжно обеспечить их существование и осуществление. Иными словами, цели регулирования в частном праве транслируются прежде всего через правонаделение, а обязанности имеют служебный характер.

Это не противоречит принципу двустороннего обоснования по следующим причинам. Принцип двустороннего обоснования предполагает логическую и юридическую невозможность предоставить право, не создав у другого лица (или лиц) обязанностей. В частном праве, которое концептуализируется как взаимные частные отношения, иного и бытьне может. Но из этого не следует, что право и обязанность равноценны в смысле выражения существа частного права. Субъективное право первично прежде всего потому, что в частном праве регулятивный акцент сделан на активности самих субъектов в приобретении и осуществлении приобретённых юридических возможностей. Частное право ориентированона активность и инициативу самих субъектов и обеспечивает им возможность приобретения и осуществления соответствующих юридических возможностей. Вокруг этих юридических возможностей, которые и являются субъективными правами, образуется защитный «обеспечительный» каркас из обязанностей и иных императивов. Но первичны именно права.

Принцип же двустороннего обоснования правонаделения означает только то, что, конструируя субъективные права, следует всегда иметь в виду, что они обеспечиваются обязанностями, а любое «провозглашение» права без механизма его обеспечивания в поведении иных лиц превращает это право в пустой звук[1].

Равенство же активной и пассивной сторон в рамках принципа двустороннего обоснования правонаделения не просто предполагает учёт интересов пассивного субъекта (в той же мере, в какой и активного субъекта) – это равенство, которое необходимо соблюсти *при конструировании преимущества,* предоставляемого активному субъекту. Это довольно важный парадокс принципа двустороннего обоснования правонаделения. Но при детальном анализе это выглядит оправданным, ведь речь идёт о двустороннем обосновании *правонаделения,* т.е. о двустороннем обосновании предоставления односторонних преимуществ. Надо учитывать ещё и то, что эта асимметрия сглаживается в значительной степени двумя обстоятельствами. Во-первых, правонаделение, т.е. приобретение частного права, как правило, предполагает согласие пассивного субъекта (сфера договорных обязательств), либо иную форму участия его воли и сознания в создании основания права (деликтное право), либо не является обременительным (отрицательные обязанности воздерживаться от нарушений абсолютных прав). Во-вторых,

[1] Именно так и произошло с институтом конституционных прав и свобод в конституционном праве. Именно отсутствие чёткого понимания, что любое правонаделение существует лишь в рамках принципа двустороннего обоснования, привело там к «инфляции» категории прав и свобод, появлению новых «типов» «прав», которые ничего никому не обеспечивают с точки зрения формально-юридического механизма их реализации и по существу представляют собой пустой звук.

частное право предоставляет всем субъектам равные и одинаковые формальные возможности приобретать права и обязанности. Поэтому тот, кто сегодня оказывается управомоченным, завтра может оказаться обязанным в рамках другой частноправовой связи, что обеспечивает соблюдение принципа формального равенства.

Таким образом, парадокс состоит в том, что принцип корреляции в смысле принципа двустронннего обоснования правонаделения не только противоречит асимметрии (приоритету фигуры субъективного права по сравнению с юридической обязанности), но и предполагает его. Таким образом, рассматриваемый контекст проявления принципа корреляции вряд ли может служить подтверждением концепции Гирке.

Наконец, существует ещё третий контекст проявления принципа корреляции, ради которого Гирке, собственно, и прибегал к той напоминающей твист цепочке рассуждений, которую мы анализировали выше. Речь идёт о теории имманентных границ субъективного права. Наиболее далеко идущие выводы из конструкции «неразрывного единства прав и обязанностей» в духе имманентной теории сделал германский цивилист Вольфганг Зиберт.

Исходный тезис Зиберта определяется как «относительность» содержания любого субъективного права[1]. Смысл понятия относительности содержания заключается в том, что относимость отдельных элементов (возможностей поведения) к содержанию субъективного права определяется частно не абстрактно (путём предварительного определения границ права со стороны законодателя), а в каждом конкретном случае с учётом конкретных обстоятельств в процессе толкования и применения права судом). Это, по мнению Зиберта, связано с тем, что границы субъективных прав определяются целями их предоставления, т.е. имманентны содержанию самих прав. Поскольку же все типы ситуаций, которые могут иметьместо в связи с осуществлением субъективного права, невозможно заранее предусмотреть, токонкретные (одни и те же) возможности поведения могут в одних конкретных ситуациях рассматриваться как вытекающие из содержания субъективного права, а в других - как противоправные[2]. В этой возможности противоположной юридической квалификации одних и тех же действий в качестве вытекающих из содержания субъективного права и в качестве противоправных и состоит смысл понятия относительности содержания субъективного права. С точки зрения Зиберта невозможно заранее (на уровне нормы права) *in abstracto* определить правомерный или противоправный характер осуществления субъективного права. Содержание субъективного права имеет «динамичный», а не статичный характер[3], и эта динамика как раз и определяется

[1] Siebert W. Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung: Ein rechtsvergleichender Beitrag zur Lehre von den Schranken der privaten Rechte und zur exceptio doli (§§ 226, 242, 826 BGB.), unter besonderer Berücksichtigung des gewerblichen Rechtsschutzes (§ 1 UWG). Marburg i. Hessen: Elwert, 1934. S. 89.
[2] Ibid. S. 97.
[3] Ibid. S. 155.

специфической «диалектикой» соотношения правомочий и обязанностей конкретного управомоченного в конкретном случаеосуществления субъективного права[1].

Вторым несущим элементом конструкции Зиберта явилось активное использование принципа добросовестности и запрета злоупотреблять правами в качестве важнейших средств толкования поведения управомоченного в конкретных ситуациях осуществления принадлежащего ему права. Обращает на себя внимание в высшей степени широкая трактовка принципа добросовестности, который, по мнению Зиберта, включает в себя не только правовые стандарты и «господствующие» в соответствующем сообществе моральные представления.

Иными словами, реализация субъективного права, а следовательно, и возможности, входящие в его содержание, изначально неразрывно связаны с обязанностями, в том числе и моральными. Именно обязанности в конечном итоге определяют то, что будет считаться правомерным, а что нет[2].

Ещё одно важное следствие такой постановки вопроса состоит в ликвидации разграничения между юридическим содержанием права и его моральной оценкой, которое было прочно установлено в теории субъективного права со времён Г. Пухты.

Оценивая эту теорию, можно согласиться с теми авторами, которые полагают, что Зибер, опираясь на теорию Гирке и заимствовав некоторые идеи Жоссерана, сформулировал тезис, ведущий к отрицанию понятия субъективного права[3].

Основная проблема в данном случае состоит в понятии «относительности» содержания субъективного права. Получается, что заранее о содержании любого субъективного права сказать практически ничего нельзя, поскольку будет ли конкретное действие по осуществлению права правомерным или противоправным, в конечном итоге зависит от конкретных обстоятельств дела и в различных контекстах ответы могут быть разные. Т.е. одно и то же действие может быть и правомерным и противоправным. Очевидно,какие проблемы этот взгляд создаёт с точки зрения принципа правовой определённости и требований обеспечения стабильности гражданского оборота.

Ещё большие возражения вызывает широчайшее использование неопределённых понятий типа «принципа» добросовестности. Трактовка любого правонаделения как крайне

---

[1] Сам термин «относительности» содержания субъективного права Зиберт заимствовал у французского цивилиста Луи Жоссерана (см.: Josserand L. De l'esprit des droits et de leur relativité: théorie dite de l'abus des droits (réimpression). 2e éd. Paris: Dalloz, 2006). Однако у Жоссерана понятие относительности не выходило за пределы анализа некоторых конкретных фактических составов осуществления прав, правомерность которых он полагал необходимым исключить. Зиберт же, напротив, попытался сформулировать *общее* представление об относительности содержания *любых* субъективных прав.

[2] Haferkamp H.-P. Die heutige Rechtsmissbrauchslehre – Ergebnis nationalsozialistischen Rechtsdenkens? S. 208.

[3] Toss P. Der Weg des subjektiven Rechts in die gliedschaftliche Bindung: Zum Verhältnis von Nationalsozialismus und Privatrecht. Frankfurt am Main: Johann Wolfgang Goethe-Universität, 1968. S. 66; HaferkampH.-P. Die heutige Rechtsmissbrauchslehre – Ergebnis nationalsozialistischen Rechtsdenkens? S. 209.

неопределённого «диалектического» соотношения правомочия и обязанности приводит к тому, что эту неопределённость необходимо чем-то заполнять в конкретных случаях оценки тех или иных действий по осуществлению права. Неопределённые понятия в духе «принципа» добросовестности являются для Зиберта в этом смысле незаменимым резервуаром. Но очевидно и то, что активное использование подобных стандартов, особенно ещё и интерпретированных в духе «господствующей» морали, создаёт ещё большенеопределённости. Есть право или нет, в конечном счёте решается судьёй и применительно к конкретному случаю, и практически ничего заранее сказать нельзя. Не случайно германский теоретик права Берд Рютгерс назвал эту господствовавшую в Германии 1930-х гг. стилистику «правопонимания» «безграничным толкованием» (*unbegrenzte Auslegung*)[1]. Иными словами, совершенно неясно, в какой мере категория субъективного права вообще сохраняет функциональность в рамках такого рода конструкции.

Ещё одна проблема рассматриваемой теории состоит в неопределённом значении понятия обязанности в рамках «неразрывного единства права и обязанности». Очевидно, что идея «неразрывного единства» заимствована из имманентной теории Гирке. Очевидно и то, что речь идёт о «неразрывном единстве» прав и обязанностей *одного и того же субъекта*. То есть постулированное «неразрывное единство» не имеет ни малейшего отношения к принципу корреляции (соответствия между правами и обязанностями различных субъектов) в любой его интерпретации. Это было ясно уже применительно к позиции Гирке, который впервые смешал эти два совершенно разных контекста.

Возникает вопрос: о каких, собственно, обязанностях управомоченного идёт речь? И кому эти обязанности обращены? Если то или иное действие противоречит «цели» правомочия или «принципу добросовестности», то, надо полагать, оно изначально не входит в содержание соответствующего правомочия. Это просто выход за пределы границ самого права, который в качестве «обязанности» управомоченного можно трактовать лишь метафорически, в том смысле, что действие за пределами права нарушает право[2]. Но совершенно ясно, что использование категории обязанности в данном случае, причём использование его в ряду других случаев, в которых использование понятия обязанности действительно оправданно, приводит к недоразумениям.

Зачем это делается, причём весьма настойчиво? На мой взгляд, речь идёт о попытке заменить

---

[1] Rüthers B. Die unbegrenzte Auslegung: Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus. 6. Aufl. Tübingen: Mohr Siebeck, 2004.

[2] Аналогичная дискуссия имела место и в отечественной цивилистической доктрине. Противоположные мнения 2 наиболее убедительно представлены у М.М. Агаркова и В.П. Грибанова. См., например, Агарков М.М. Проблема злоупотребления правом в советском гражданском праве // Известия АН СССР, Отделение экономики и права. — 1946. N 96. С. 424-436; Грибанов В. П. Пределы осуществления и защиты гражданских прав. М.: Издательство Московского университета, 1972. - 284 с.

понятие субъективного права понятием «правовое положение» (*Rechtsstellung*), которое приобрело определённую популярность у ряда германских теоретиков в 1930-х гг. Правовое положение – это место субъекта в иерархии, которое определяется именно обязанностями. Правомочия (*Berechtigung*)[1], которыми обладает конкретный субъект, в первую очередь определяется его местом в социальной иерархии. Именно положение субъекта, его место в социальной иерархии определяет и его права и его обязанности. И именно в этом заключается смысл принципа «неразрывного единства прав и обязанностей» в таком его понимании.

Всё это напоминает принципы организации феодального общества, в рамках которого нет вообще общего для всех субъектов понятия правоспособности, которое позволяет им приобретать любые права[2]. Здесь, напротив, у различных типов субъектов собственные наборы прав и обязанностей и возможностей их приобретения. Опираясь на эту идею, нацистский теоретик права Карл Шмитт полагал, что правовое положение всегда носит конкретный, а не абстрактный характер, всегда оказывается привязанным к тому, что он предложил именовать «конкретными порядками» (*konkrete Ordnungen*), определённым социальным институтом типа семьи, армии и т. п.[3] В рамках каждого института существует свой собственный типичный субъект. По этой причине не существует субъекта права вообще, существуют лишь конкретные типы субъектов («крестьянин», «военный» и т. п.), каждый со своим собственным набором правовых возможностей[4].

Очевидно, что подобная конструкция ликвидирует частное право. Она не только «отменяет» общий характер гражданской правоспособности, она отрицает и принцип формального равенства субъектов частного права. Не слишком ли это высокая цена за «игры» с «социализацией» частного права, которые инициировал Гирке?

Наконец, и применительно к рассматриваемым конструкциям необходимо отметить, что деструктивная критика классической модели частного права не сопровождается серьёзной попыткой предложить и сколько-нибудь детально описать желаемую альтернативную модель. Нельзя всерьёз в качестве этой альтернативы воспринимать безграничную свободу толкования судьи, которая должна опираться на некую «господствующую» мораль.

Таким образом, изложенное позволяет сделать уверенный вывод, что попытка атаки на классическую конструкцию субъективного права, опираясь на «принцип единства прав и

---

[1] Термин «правомочие» стал у некоторой части германских теоретиков в середине 1930-х гг. всё чаще замещать классическое понятие субъективного права (см.: Siebert W. Subjektives Recht, konkrete Berechtigung, Pflichtenordnung // Deutsche Rechtswissenschaft. 1936. Bd. 1. S. 23–31).

[2] La Torre M. La lucha contra el derecho subjetivo: Karl Larenz y la teoria nacionalsocialista del Derecho. Madrid: Dykinson, 2008. P. 242–259.

[3] Schmitt C. Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens. Berlin: Duncker & Humblot, 2006. S. 10.

[4] Ibid. S. 18.

обязанностей», лишена оснований. Во-первых, никакого «принципа единства прав и обязанностей» в частном праве не существует. Под этой этикеткой объединяются весьма разнородные ситуации, из которых лишь принцип корреляции (соответствия между правами и обязанностями) в смысле необходимости двустороннего обоснования правонаделения может рассматриваться как имеющий значение для частного права. Но именно он не столько противоречит, сколько подтверждает классическую, основанную на асимметрии, концепцию субъективного права. Лишь теория имманентных границ субъективного права действительно входит в противоречие с классическим пониманием субъективного права. Однако эта теория одновременно «упраздняет» такие основы частного права, как принцип формального равенства, и разрушает универсальное понятие гражданской правоспособности.

* * *

1. Попытку отрицания понятия субъективного права с помощью теории социальной функции Леона Дюги следует признать неудачной. Понятие социальной функции используется Дюги как метафора, которая позволяет избавиться от цивилистического категориального аппарата, существование которого он рассматривает как препятствие в построении дисциплины на новых основаниях.

2. Продемонстрировано, что теория социальной функции является следствием некритического перенесения Дюги категриального аппарата и специфических концепций французского административного права, которые не пригодны не только для частноправового контекста, но не имеют аналогов даже в рамках континентальной традиции публичного права (в первую очередь, в Германии).

3. Теория социальной функции пытается подменить объяснение феномена автономии воли, лежащего в основе конструкции субъективного частного права, объяснением социальной обусловленности действий субъектов частного права. Действительная проблема состоит в том, что в некоторых случая объективное право предоставляет частному лицу не просто поведенческую возможность определённого содержания, но и возможности свободы усмотрения относительно возникновения, изменения и прекращения прав и обязанностей. Другими словами, в некоторых случаях юридический эффект не может быть достигнут иным образом, кроме как посредством волеизъявления частного лица. Вот эти ситуации не поддаются адекватному объяснению в духе ассимиляции объективного и субъективного права.

4. Фронтальная атака Роберта Хейла на принцип автономии воли и конструкцию субъективного частного права основана на крайне широком и некорректном понятии принуждения, которое Хейл трактует в психологическом смысле как любое ограничение по сравнению с тем, что субъект желал бы.

5. Также неубедительным следует признать использование «принципа единства прав и обязанностей» как аргумента против категории субъективного права вследствие семантической неразрешимости этого принципа.

Глава 3. Современные версии волевой теории

3.1. Субъективное частное право и право на защиту как распоряжение (А. Тон)

Август Тон занимает в ряду германский цивилистов и теоретиков права второй половины XIX – начала XX веков особое, мало с кем сравнимое положение. Цивилисты того периода сейчас достаточно редко цитируются в современных цивилистических исследованиях в современном контексте, если речь не идёт об историко-догматических или историко-правовых исследованиях. Тон, пожалуй, один из немногих, если не единственный теоретик права, взгляды и аргументы которого являются объектом стабильного интереса в доктрине частного права на протяжении практически всего 140-летнего периода со времени появления его основного труда[1].

Это обстоятельство не является случайным. В известном смысле Август Тон заложил основы современной юридико-позитивистской традиции в германоязычной теории права. В этом отношении роль Тона сопоставима со значением Джона Остина в англо-американской теории права. Тон заложил основы целого ряда традиций в германоязычной юридической традиции, создал несколько аргументативных стратегий в теории права, которые впоследствии приобрели устойчивый характер и повлияли на целый ряд выдающихся теоретиков права и цивилистов младших поколений, включая Ганса Кельзена. В то же время взгляды Тона неизменно вызывали и вызывают возражения и провоцируют полемику, котораяведётся по сию пору.

Особой интерес для цивилиста представляет то, что Тон внёс значительный вклад в аналитическую разработку ключевой теории классической цивилистики, учения о субъективном праве. Именно этим он известен в среде теоретиков частного права, в которой его аргументы анализируются с неизменным вниманием и интересом до сих пор. Собственно, ключевая и наиболее известная работа Августа Тона «Правовая норма и субъективное право» как раз специально посвящена разработке теории субъективного права. В этой сфере, как будет продемонстрировано в дальнейшем изложении, Тон также заложил основы целой традиции теоретико-правового анализа, на которую опирается значительное число школ и теоретических аргументов в рамках учения о субъективном праве. Более того, как представляется, именно в теории частного права Тона следует считать основоположником определённой традиции в трактовке конструкции субъективного права. Иными словами, Тон заложил основы теории, которая обладает особенно серьёзным эвристическим потенциалом именно в сфере теории частного права.

В отечественном правоведении судьба Тона сложилась интересно. В отличие от Ганса Кельзена, труды которого появились незадолго до 1917 г., ключевая работа Тонаувидела свет

[1] Thon A. Op. cit.

на поколение раньше и успела оказать сравнительно большое влияние на отечественных цивилистов и теоретиков права даже с учётом неизбежного сравнительно большого временного отрезка, который всегда требовался отечественному правоведению для восприятия и обработки теоретических инноваций и который занимал нередко одно или более десятилетий. Более того, как это имело место и в отношении других авторов, подспудное и скрытое влияние оказывали идеи Тона и на цивилистов и теоретиков права советского периода. Речь, разумеется, в первую очередь идёт о теоретиках с дореволюционным образованием, хорошо владевших иностранными языками и, главное, имевшими устойчивую привычку интересоваться иноязычной доктриной и регулярно, я бы даже сказал, рутинно использовать её в своих собственных исследованиях. Часто влияние это лишь чувствуется, хотя авторы прямо не цитируют Тона или не цитируют его в позитивном контексте по понятным причинам.

Всё это, как представляется, делает актуальным рассмотрение теории субъективного права Августа Тона и её влияния на теорию частного права.

Имя Августа Тона в правовой теории в первую очередь ассоциируется с так называемой «теорией императивов», весьма авторитетной и популярной и поныне теоретической традицией в правоведении. Существо теории императивов сводится к тезису, в соответствии с которым право регулирует поведение людей при помощи двух основных механизмов: запретов и обязанностей. Логика рассуждений, лежащая в основе этого тезиса, состоит в следующем. Право состоит из императивов – обязательных предписаний, которые адресуются субъектам права. Эти обязательные предписания состоят в требовании, чтобы соответствующие субъекты совершали определённые действия либо чтобы они воздерживались от определённого поведения. Соответственно, в первом случае речь идёт об обязанностях, а во втором случае – о запретах. Важно подчеркнуть, что теория императивов ограничивает возможные модели правового регулирования только и исключительно этими двумя инструментами правового регулирования – обязанностью и запретом. Соответственно, все иные регулятивные схемы и механизмы, которые рассматриваются в качестве альтернатив запрету и обязанности, с точки зрения теории императивов либо не существуют вообще, либо могут быть сведены к императивам (обязанностям или запретам). В первую очередь это касается дозволений и полномочий.

Таким образом, право воздействует на поведение посредством установления либо обязанностей, либо запретов. И в том и в другом случае речь идёт об установлении обязательных предписаний (а не рекомендаций, дозволений и т.п.). Именно по этой причине речь идёт об императивах, предписаниях, которые отличает требование обязательности их исполнения. Функция права, с этой точки зрения, будет заключаться исключительно в установлении обязательных предписаний.

Подобное понимание существа механизма правового регулирования и функции права ставит целый ряд вопросов, поскольку коренным образом расходится с некоторыми классическими постулатами, в том числе и постулатами частноправовой теории. Прежде всего, радикальный тезис теории императивов противоречит традиционным в цивилистической теории представлениям о дозволительном характере частноправового регулирования[1]. Применительно к германоязычной правовой доктрине учение о дозволительности частноправового регулирования, в силу некоторых исторических причин приобрело форму учения о субъективных (частных) правах[2]. Отсюда становится понятным,почему вышедший из-под пера Тона ключевой текст теории императивов более чем наполовину посвящён учению о субъективном праве, что отражено даже в названии работы «Правовая норма и субъективное право». Это делает взгляды Тона особенно интересными именно с точки зрения его воздействия на цивилистическую теорию.

Теория императивов с сегодняшних позиций не выглядит чем-то из ряда вон выходящим или даже просто необычным. Здесь, конечно, сказались десятилетия преобладания в правоведении теоретиков и школ, ориентированных на публичное право. Если XIX век был без всякого сомнения столетием частного права, то следующий XX век характеризуется преобладанием теоретических конструкций публичного права и публично-правового стиля мышления. Два самых крупных теоретика права XX века, Герберт Харт и Ганс Кельзен, формировались как специалисты по публичному праву[3]. Харт начинал карьеру как криминалист, а Кельзен – как конституционалист. Другие крупные фигуры, оказавшие огромное влияние на теорию права, Деон Дюги и Морис Ориу, являлись специалистами по конституционному и административному праву. С точки зрения традиционных представлений, господствующих в публичном праве, теория императивов является банальным выражением соответствующих публично-правовых практик. В этом смысле теория Тона маркирует начало целого нового этапа в развитии юридической мысли, этапа, характеризующегося преобладающим влиянием публично-правовых конструкций.

Основная задача, которую Тон пытался решить с помощью теории императивов, заключалась в преодолении наследия естественно-правовых представлений о праве. Правовая форма с этой точки зрения должна эмансипироваться от морали, с которой она была неразрывно связана в рамках естественно-правовой традиции правопонимания. Необходимо было найти более или менее чёткий критерий идентификации права, позволяющий отделить

---

[1] Яковлев В.Ф. Гражданско-правовой метод регулирования общественных отношений. 2-е изд., доп. М.: Статут, 2006; Ranouil V. Op. cit.

[2] Об этом подробнее см.: Hofer S. Freiheit ohne Grenzen? Privatrechtstheoretische Diskussion im 19. Jahrhundert. Tübingen: Mohr Siebeck, 2001.

[3] В русскоязычной теоретической литературе общую постановку проблемы дал С.С. Алексеев: Алексеев С.С. 2 Общие дозволения и общие запреты в советском праве. М.: Юридическая литература, 1989. - 288 с.

право от иных социальных регуляторов. Именно в качестве такого и был предложен критерий императивного характера правовых предписаний. С этой точки зрения право использует форму общеобязательного предписания, которое либо запрещает определённый тип поведения, либо, напротив, делает необходимым определённое поведение[1]. Именно это и характеризует право как специфический социальный регулятор, механизм социального контроля.

При этом Тон не рассматривал принуждение как характерную черту права, при помощи которой правовые императивы могут быть отграничены от иных типов императивов, как это будет характерно для более поздних юридико-позитивистских теорий[2]. С точки зрения Тона в правовой сфере существуют как императивы, обеспеченные государственным принуждением, так и императивы, не обеспеченные таковым[3]. В последнем случае, однако, как правило, нарушение императива, не обеспеченного государственным принуждением, влечёт возникновение нового императива, снабжённого принудительной силой. Тем не менее основным свойством правовой формы Тон считал не её принудительный характер, а её императивность, т.е. способность запрещать определённое поведение или предписывать необходимость определённого поведения.

Такая крайне узкая трактовка сути правовой формы и правового регулирования плохо монтируется именно с частноправовыми институтами и конструкциями, в особенности, как уже говорилось ранее, с конструкцией субъективного (частного) права. Существо субъективного (частного) права в классической цивилистической традиции усматривается в «господстве воли» управомоченного, т.е. в конечном счёте в дозволении, в возможности определённого поведения управомоченного. Если редуцировать право вообще к запретам и обязанностям, то необходимо и субъективное право либо полностью редуцировать к запретам или обязанностям, либо вообще отказаться от этой конструкции.

На первый взгляд, кажется, что именно последний вариант выглядит более предпочтительным, если воспринимать всерьёз постулаты теории императивов. В самом деле, если право целиком сводится к запретам и обязанностям, то дозволениям просто не остаётся места. Между тем субъективное право традиционно предполагает акцент на автономии, инициативе и самостоятельности управомоченного, а не обязанного. Обязанные лица, т.е. субъекты юридических обязанностей и запретов, лишь обеспечивают возможности определённого поведения управомоченного, которые входят в содержание соответствующего субъективного права. Однако позиция Тона носит гораздо более сложный характер. Германский правовед ставит себе целью увязать традиционного понимание субъективного права как господства воли с теорией императивов.

---

[1] Thon A. Op. cit. S. 8.
[2] Ibid. S. 7.
[3] Ibid. S. 6.

Наиболее очевидное возражение против редукционизма теории императивов, особенно с точки зрения цивилиста, состоит в том, что целый ряд юридических возможностей, которые традиционно рассматриваются как субъективно-правовые, никак не могут быть отнесены ни к обязанностям, ни к запретам. Прежде всего речь идёт о правомочии пользования, которое господствующее мнение обычно рассматривает в качестве элемента содержания права собственности, многих других вещных и обязательственных субъективных прав. Тон специально останавливается на критике этих традиционных представлений о правомочии пользования, и его аргументация в этом отношении закладывает основы целой традиции в теоретико-правовом анализе содержания субъективных (частных) прав.

С точки зрения Тона, пользование не может быть ни элементом субъективного права, ни даже осуществлением субъективного права[1]. Пользование выступает лишь фактическим следствием действия юридических императивов – запретов или обязанностей. Так, применительно к юридической конструкции права собственности первичным, следуя логике теории императивов, необходимо считать запрет воздействовать на чужую вещь без разрешения собственника, налагаемый на всех иных лиц (несобственников). Возможность пользования принадлежащей ему вещью обеспечивается абсолютным запретом, выступает в качестве его фактического следствия.

С точки зрения логики норм, важно не то, что собственник обладает фактической возможностью пользования принадлежащей ему вещью, важно то, что несобственникам это запрещено. Таким образом, правомочие пользования можно корректно описать как запрет всем другим и отсутствие запрета собственнику. Иначе говоря, пользование можно переописать с помощью запретов. Что и требовалось доказать с точки зрения логики теории императивов.

Одним из следствий этой процедуры, однако, является то, что право собственности теряет своё позитивное содержание. Вещное правоотношение фактически сводится к абсолютному правоотношению, а право собственности – к (объективно-правовому) запрету. В известной мере вещное право (как, впрочем, и остальные институты частного права) моделируется теорией императивов по модели публично-правового запрета. Это входит в решительное противоречие со всем ходом предшествующего развития цивилистической мысли, как и с базовыми интуициями и превалирующими социальными конвенциями относительно права собственности и субъективного частного права вообще. Но это не смущает ни Тона, ни других представителей теории императивов.

С точки зрения теории императивов пользование носит фактический, а не юридический характер и по этой причине само по себе юридически иррелевантно. Пользование представляет собой часть «естественной», фактической свободы, которая лишь ограничивается правом при

[1] Thon A. Op. cit. S. 155.

помощи обязанностей и запретов. Если свобода запретом или обязанностью не ограничивается, то к её, свободы поведения, фактическому статусу ровным счетом ничего не прибавляется[1]. В той же степени, в которой возможность пользования одного лица обеспечивается запретами всем другим лицам, эта возможность пользования может быть сведена к запретам. По этой причине дозволения можно игнорировать, не признавая за ними статус специфической техники правового регулирования, качественно отличной от обязанностей и запретов.

Аргументы Тона против дозволений как специальной техники правового регулирования стали своего рода классикой и неизменно находят сторонников в каждом поколении правоведов после того, как его монография увидела свет.

Означает ли сведение дозволений к обязанностям и запретам (императивам) одновременное сведение субъективных прав к юридическим обязанностям (и запретам)? С первого взгляда кажется, что необходимо дать положительный ответ на этот вопрос. Ведь элемент инициативы и свободы усмотрения управомоченного обладает ключевым значением для конструкции субъективного права, как его понимает классическая теория. Оригинальность решения этой проблемы Августом Тоном как раз в том и состоит, что он наметил контуры теоретической конструкции, в рамках которой удалось совместить теорию императивов (т.е. тезис, что право регулирует поведение путём установления обязательных предписаний, и только) с признанием роли свободы усмотрения и частной инициативы.

Для этой цели Тон подвергает формальному анализу содержание субъективного права с точки зрения выявления тех правовых возможностей, которые могли бы выражать самостоятельность, инициативу и автономию управомоченного, господство его воли. Однако проявление автономии воли Тон обнаруживает вовсе не там, где проявления автономии воли принято было искать ранее. Ключевым моментом, по мнению Тона, является сфера защиты права. Он предполагает, что правовые возможности в сфере защиты права можно в основном свести к трём группам. Во-первых, управомоченный может отказаться реагировать на факт нарушения обязанности (или запрета), корреспондирующей его праву. Во-вторых, управомоченный имеет возможность распорядиться принадлежащим ему правом, например, отказаться от его реализации или передать его третьему лицу. Наконец, в-третьих, он имеет возможность обратиться за защитой права, если оно будет нарушено обязанным лицом. Эти три группы возможностей, по мнению Тона, наиболее обобщённо выражают концепцию субъективного права как господства воли управомоченного.

Переходя к анализу каждой из этих групп правовых возможностей по отдельности, Тон демонстрирует определённый скепсис относительно большинства из них. Что касается возможности управомоченного не реагировать на факт нарушения его права, то Тон полагает,

[1] Ibid. S. 292.

что в данном случае управомоченный своим волевым актом как бы изымает отдельный акт поведения должника из-под действия обязанности[1]. Управомоченный в данном случае не определяет судьбу обязанности или запрета вообще, не изменяет его содержание[2].

В принципе аналогичным образом, но по другой причине, по мнению Тона, обстоит дело и со второй группой правовых возможностей, с правомочием распоряжения соответствующим субъективным правом. Дело в том, что далеко не все субъективные права предполагают возможность распоряжения ими, прежде всего возможность передачи третьим лицам[3]. Следовательно, невозможно обнаружить специфическую связь между существованием определённого субъективного права и возможностью распоряжаться им. Далеко не всегда из первого вытекает второе. А это означает, что и в данном случае нельзя возможность распоряжения правом рассматривать как обязательный элемент содержания субъективного права и проявление господства воли управомоченного лица.

Наконец, третья группа правомочий, в которых может находить выражениеинициатива и господство воли управомоченного, касается возможности инициировать защиту права в случае его нарушения. Именно в этом последнем случае и обнаруживает Тон характерный для субъективного права искомый элемент инициативы и автономии управомоченного, господство его воли.

В самом деле, управомоченный самостоятельно и по собственному усмотрению определяет, будет ли он обращаться в суд за защитой своего права в случае неисполнения должником корреспондирующей этому праву обязанности. Только применительно к защите права, к иску, посредством которого инициируется применение к должнику санкции за нарушение обязанности, можно констатировать решающую роль воли управомоченного. Только на этом этапе развития соответствующего правоотношения наступление или ненаступление правовых последствий (будет ли обязанность исполнена и в каком объеме) в решающей степени зависит от воли управомоченного лица. Соответственно, если и удаётся где-либо обнаружить «господство воли» управомоченного, то исключительно в предоставленной ему свободе усмотрения относительно защиты принадлежащего ему права. Иными словами, субъективно-правовой в техническом смысле слова с точки зрения Тона будет только такая юридическая возможность, свобода усмотрения относительно защиты которой в судебном порядке принадлежит самому её субъекту.

---

[1] Thon A. Op. cit. S. 119.

[2] Откровенно говоря, мне не понятен до конца смысл этого аргумента. Ведь здесь речь идёт о той разновидности распорядительных действий, которые принято именовать «согласием на причинение вреда». Здесь сразу же возникают два вопроса. Во-первых, что заставляет выделять этот специфический случай распоряжения правом среди всех других, которые Тон помещает во вторую группу? Во-вторых, почему отказ путём согласия не изменяет содержание или объём обязанности?

[3] Thon A. Op. cit. S. 217.

Логика рассуждений, лежащая в основе теории Тона, сводится к следующему. Единственный случай, в котором действие юридического императива (обязанности или запрета), его параметры и (принудительное) осуществление зависят от воли управомоченного, – это принадлежащая ему свобода усмотрения относительно обращения за защитой. Поэтому возможность обратиться за защитой нарушенного права, свобода усмотрения, которая принадлежит управомоченному в этом, и является тем, что превращает его право в субъективное в техническом смысле слова. Соответственно, юридическая возможность в субъективно-правовом смысле имеет место только в том случае, если инициатива в защите права принадлежит непосредственно самому управомоченному. В случаях же, в которых обязанность (или санкция за её неисполнение) принудительно осуществляется автоматически, должностными лицами *ex officio,* о субъективном праве говорить не имеет смысла даже в том случае, если соответствующая обязанность должна быть исполнена в пользу частного лица в его частном интересе.

Тон предлагает именовать эту возможность обращения за защитой нарушенной обязанности (или запрета) притязанием. В данном случае германский правовед вновь идёт против устоявшейся традиции употребления термина «притязание». В пандектистике под притязанием чаще всего понимается право требовать исполнения обязанности от должника. Предъявление притязания не предполагает в качестве обязательного условия факта нарушения обязанности, а адресатом притязания в его классическом понимании выступает обязанное лицо, а не юрисдикционный орган. Тон же прямо связывает появление притязания с фактом нарушения обязанности.

Это разночтение носит отнюдь не только терминологический характер. Дело в том, что называть притязанием, *правом требовать* от должника исполнения обязанности (до факта нарушения) Тон лишён возможности в связи со следующими обстоятельствами. Строго говоря, на этой донарушенной стадии у управомоченного отсутствует право в субъективном смысле слова, как его понимает Тон. Как было продемонстрировано выше, именно возможность предъявить иск в материально-правовом смысле является тем, что делает юридическую возможность субъективным правом. По этой причине говорить о *праве требовать* до факта нарушения должником своей обязанности можно только в метафорическом смысле слова.

До факта нарушения должником его обязанности возможности активного поведения со стороны управомоченного крайне ограничены. Необходимо помнить, что право, корреспондирующее юридической обязанности или запрету, – это право на *чужое поведение.* Активность должника в данном случае носит первичный характер, а управомоченный, по крайней мере на донарушенной стадии развития соответствующего правоотношения, остаётся в большей или меньшей мере пассивным субъектом. И только после нарушения должником

своей обязанности роль воли управомоченного резко возрастает, поскольку именно от его решения зависит, будет ли в конечном итоге юридическая обязанность (принудительно) осуществлена. И именно эта *возможность обращения за защитой* является тем, что связывает юридическую обязанность должника и право кредитора (управомоченного).

Это очень важный для понимания всей теоретической конструкции субъективного права Тона момент, на который необходимо обратить особое внимание. Традиционно принцип соответствия (корреспонденции) субъективных прав и юридических обязанностей понимается гораздо более формально. Традиционно принцип корреляции понимался следующим образом. Управомоченным по общему правилу считался адресат, выгодоприобретатель обязанности, т.е. лицо, в пользу которого обязанность подлежала исполнению. Этот подход требовал некоторой корректировки в тех случаях, когда исполнение обязанности осуществляется не самому управомоченному, а по его указанию, другому лицу. Типичным примером последнего является обязательство в пользу третьего лица. В данном случае традиционная точка зрения наталкивается на определённые трудности с определением статуса этого третьего лица. В самом деле, не ясно, имеет ли выгодоприобретатель (лицо, в пользу которого осуществляется исполнение) право требовать исполнения в свою пользу, и если да, то с какого момента.

Сложности, связанные со способом определения субъекта права, которому корреспондирует юридическая обязанность, имеют под собой объективную основу. Речь идёто правах на чужое поведение, которые, как уже неоднократно указывалось, индивидуализируются через обязанность, посредством указания на меру должного поведения. А позиция кредитора уже определяется «через» обязанность: управомоченным считается тот, в пользу кого подлежит исполнению обязанность. В этом проявляется особенность прав на чужое поведение, здесь кредитор имеет право на то, к *чему* обязан должник, следовательно, и кредитором необходимо считать того, *кому* обязан должник. Но проблема состоит в том, что применительно к правам на чужое поведение кредитора, носителя субъективного права трудно отличить от просто выгодоприобретателя, поскольку в подобных правоотношениях роль активности управомоченного крайне незначительна.

Вместе с тем практические соображения требуют, чтобы позиция выгодоприобретателя и кредитора, носителя соответствующего субъективного права были чётко отделены друг от друга. Например, применительно к обязательствам в пользу третьего лица существуют вполне практические вопросы, ответ на которые зависит от того критерия, который позволит идентифицировать носителя субъективного права и отличить его от простого выгодоприобретателя. Может ли, например, лицо, в пользу которого исполняется обязанность, требовать исполнения в свою пользу, если да, то с какого момента? Каковы права

того лица, которое непосредственно в договоре выговорило то, что должник исполнит обязанность в пользу третьего лица, может ли «первоначальный» кредитор требовать исполнения в пользу третьего лица или в свою пользу и т.п.?

Применительно к другим типам субъективных правовых возможностей, которые не относятся к правам на чужое поведение, проблем с определением идентичности управомоченного лица, носителя соответствующего субъективного права не возникает или они возникают в гораздо меньшей степени. В абсолютных правоотношениях и в секундарныхправах сам тип правоотношения определяется через активного субъекта, через право на собственное поведение. А обязанности (если они вообще существуют), которые это право на собственное поведение обеспечивают, уже индивидуализируются посредством права, а не наоборот. Поэтому вопросов относительно идентификации управомоченного не возникает.

Однако, как мы имели уже возможность убедиться, для Тона любые субъективные права представляют собой права на чужое поведение. Это базовый постулат теории императивов: право регулирует поведение при помощи установления обязанностей и запретов. В этом смысле любое субъективное право представляет собой лишь и исключительно оборотную сторону чужой юридической обязанности. Дозволения же представляют собой лишь фактические возможности, появляющиеся у того, в пользу кого установлены обязанности и запреты. Но тогда проблема только усиливается: как определить, в пользу кого установлены запреты и обязанности?

Вот именно в этом вопросе и проявился инновативный характер теории Тона. Он предложил определять управомоченного не по тому, в пользу кого осуществляется исполнение обязанности, а по тому, кто контролирует параметры юридической обязанности. В самом деле, отличить выгодоприобретателя от кредитора применительно к правам на чужое поведение, следуя традиционному критерию, практически невозможно, ибо тип правоотношения индивидуализируются через юридическую обязанность. Поэтому необходимо обнаружить иной способ связи между юридической обязанностью и правом, нежели просто по адресату исполнения. Управомоченным, носителем корреспондирующего юридической обязанности субъективного права будет тот, кто обладает распорядительными правомочиями применительно к соответствующей юридической обязанности, т.е. тот, кто вправе определять основные юридические параметры этой обязанности.

Тон исходил из того, что управомоченным в техническом смысле слова необходимо считать того, кто вправе инициировать принудительное осуществление обязанности в случае, если должник откажется её исполнять добровольно. По мнению Тона именно применительно к юрисдикционным формам защиты права контроль управомоченного над обязанностью проявляется наиболее полным образом. Ведь кредитор может принять решение об отказе от

принудительного осуществления обязанности в случае отказа должника от её добровольного исполнения. В таком случае обязанность фактически не будет реализована по воле кредитора, а это и есть ярчайшее проявление степени контроля кредитора над обязанностью должника. Таким образом, если придать идее Тона более абстрактную форму, то получается, что способ связи субъективного права и юридической обязанности, принцип корреляции определяется через критерий контроля над судьбой юридической обязанности: субъект права, которому корреспондирует обязанность, тот, кто контролирует, обладает способностью определять юридическую судьбу обязанности.

Это оригинальное решение довольно сложной проблемы создало целую традицию в рамках учения о субъективных правах. Более того, Тон не только наметил направление поиска критерия «субъективности» субъективного права. Что едва ли не ещё более важно, Тон связал критерий распоряжаемости правами (в форме распоряжаемости средствами защиты прав) с частным правом. По мнению германского правоведа, свобода усмотрения в вопросе защиты нарушенного права, т.е. в конечном итоге распоряжаемый характер средств защиты права, является ещё и критерием отграничения частного права от публичного[1]. Частноправовыми императивами (обязанностями и запретами) следует считать такие императивы, инициатива относительно принудительного осуществления и защиты которых (с помощью юрисдикционных механизмов) принадлежит самому управомоченному лицу. Иными словами, к нормам частного права относятся те нормы, которые принудительно могут быть осуществлены исключительно по воле частных лиц. И именно эти частные лица, усмотрению которых подчинён вопрос о защите нарушенного права, и являются обладателями субъективного права в техническом смысле слова.

Иными словами, Тон продемонстрировал, что вопрос о критерии разграничения между частным и публичным правом оказывается не просто тесно связанным с вопросом о критерии разграничения между объективными и субъективными правами, эти вопросы оказываются у Тона одним и тем же вопросом. В самом деле, частноправовые обязанности и запреты (юридические императивы) – это те обязанности и запреты, инициатива в принудительном осуществлении и защите которых принадлежит самому управомоченному, частному лицу, обладающему правом на иск в материально-правовом смысле (или притязанием в том специфическом значении, в котором Тон употребляет этот термин[2]), а критерием наличия у субъекта субъективного права является также степень контроля над юридической обязанностью, выражающаяся в праве инициировать её принудительное осуществление. Таким образом, критерий разграничения права на частное и публичное и критерий разграничения

[1] Thon A. Op. cit. S. 114–146.
[2] Хотя сам Тон отказывается отождествлять притязание и право на иск (см.: Thon A. Op. cit. S. 257).

права на объективное и субъективное совпадают, и совпадают формально. А это значит, среди прочего, что частное право – это система *субъективных прав.* А субъективное право – это всегда *частное* право.

Разумеется, это уже некоторый ретроспективный взгляд на теорию Тона, взгляд с учётом всей последующей дискуссии вокруг тезисов и аргументативных стратегий, предложенных Тоном. Тем не менее эти идеи заложены именно Тоном и содержатся (часто в неявной форме) в его рассуждениях. Необходимо отметить, что идея, в соответствии с которой частное право представляет собой систему субъективных частных прав, выдвигалась, естественно, и ранее. Однако предшествующая доктрина не могла предоставить её формального доказательства. Скорее, речь шла о продолжении естественно-правовой традиции, в соответствии с идеями которой субъективное право, если и не является первичным по отношению к объективному праву, то по крайней мере существующим одновременно с ним и независимо от него[1].

Позиция Тона принципиально отличается от традиционного взгляда пандектной доктрины на субъективное право, и в этом смысле теория Тона представляет собой важную веху в развитии учения о субъективных правах и субъективных частных правах в особенности. Дело в том, что теория императивов принципиально и безусловно отвергала естественно-правовую традицию. Собственно, теория императивов и возникла во многом в результате полемики с естественно-правовыми школами и воззрениями. Признание примата объективного права и его позитивного характера являлось для теоретиков поколения Тона и младше своеобразным общим фоном, чем-то само собой разумеющимся. По этой причине конструкция субъективного права не могла в принципе рассматриваться в качестве чего-либо качественно отличного от права, объективного от императивов. Субъективное право могло лишь в этой парадигме выступать *особым модусом, формой реализации императивов*. Эту особую специфическую форму осуществления юридических императивов Тон связал с распоряжаемостью средством принудительного осуществления и защиты права. Там, где частное лицо может распоряжаться средствами защиты права, право существует одновременно как частное и как субъективное право.

Идея о том, что субъективный характер частного права каким-то образом связан с понятием распоряжаемости, существовала в цивилистической традиции довольно давно. Однако этой идеи недоставало юридико-технической строгости, которая позволила бы сформулировать чёткий критерий того, что понимать под распоряжаемостью правом. Теория Тона как раз и выполняет впервые эту задачу. Важно подчеркнуть при этом, что необходимо различать между собой два разных вопроса. Первый вопрос касается того направления, в котором Тон предлагает искать тот признак, по которому мы можем опознать, идентифицировать

[1] Dernburg H. Pandekten. Bd. 1: Allgemeiner Teil und Sachenrecht. 7. Aufl. Berlin: H. W. Müller, 1902. S. 85.

субъективное право именно как субъективное, отграничив его от объективно-правовых феноменов. В этом смысле Тон довольно определённо указывает направление поиска этого признака «субъективности» субъективного права – высокая степень контроля субъекта над юридической обязанностью, что фиксируется при помощи понятия распоряжаемости права. Второй же вопрос касается того, что конкретно считать высокой степенью контроля управомоченного над юридической обязанностью (императивом), который корреспондирует его праву. Иными словами, что считать проявлением распоряжаемости правом. Определив родовой критерий, по которому объективно-правовые феномены отличаются от субъективно-правовых, можно очень по- разному этот критерий интерпретировать. Иначе говоря, можно принять критерий распоряжаемости правами, но спорить о том, что конкретно следует под распоряжаемостью понимать.

В связи с вышесказанным закономерно возникает вопрос о том, в какой степени справедливым следует считать критерием распоряжаемости правом только и исключительно контроль управомоченного над средствами защиты права. Более конкретно возникает два вопроса. Во-первых, почему распоряжаемость правом следует сводить исключительно к распоряжению средствами его защиты, что может показаться весьма узкой трактовкой понятия распоряжения? Во-вторых, возникает и вопрос более общего характера: а почему защиту права вообще следует рассматривать как очевидное проявление распоряжения правом? На этих двух вопросах целесообразно остановиться более подробно.

Почему Тон однозначно и недвусмысленно выбрал именно контроль управомоченного над средствами защиты права в качестве наиболее полного проявления распоряжаемости правами? С первого взгляда решение это представляется неочевидным, даже в высшей степени спорным. Дело в том, что отказ от защиты права – далеко не самый типичный случай распоряжения правами. Гораздо более очевидным и конвенциальным вариантом распоряжения будет, например, отчуждение права. Даже простой отказ от права вне процесса (т.е. до нарушения права и обращения за его защитой в суд) представляет собой более типичный случай распоряжения правами, нежели распоряжение средством защиты права.

Причину, по которой Тон практически отождествлял распоряжение правом с распоряжением средствами его защиты, заключается, вероятно, в общем скептическом отношении теории императивов к дозволениям, которые они считали пережитком естественно-правовой теории. Как мы уже имели возможность убедиться, Тон рассматривал дозволения как фактическое следствие отсутствия запрета или обязанности.

По этой причине, в частности, Тон не рассматривает в качестве обладающего распорядительным эффектом право кредитора (управомоченного) требовать от должника исполнения лежащей на нем обязанности, которое традиционная теория именует притязанием.

По мнению Тона, возможность предъявить должнику требование о необходимости исполнить обязанность не является специфическим правом, которое принадлежит исключительно кредитору. С фактом предъявления требования должнику не связано какого-либо специфического распорядительного эффекта, т.е. изменения прав и обязанностей должника. Должник обязан исполнить обязанность, он был субъектом обязанности как до предъявления требования, так и после него. В этом смысле требование об исполнении юридически иррелевантно в том смысле, что его не запрещено предъявлять, но специфических последствий в виде изменения параметров обязанности должника (императива) оно не производит. С таким же успехом требование о необходимости исполнения обязанности мог бы предъявить не только сам кредитор, но и любое третье лицо. Возможность предъявить право требования, таким образом, Тон трактует в качестве дозволения, фактического следствия отсутствия запрета противоположного поведения. Другими словами, кредитор (как теоретически и любое третье лицо) может потребовать исполнения не потому, что кредитор в этом случае распоряжается (или осуществляет) принадлежащее ему право, а потому что ему в принципе не запрещено требовать от должника исполнения лежащей на нем юридической обязанности (императива).

Эта конструкция не лишена определённых недостатков, по меньшей мере, в некоторых случаях. Наиболее очевидным образом это проявляется применительно к обязательствам, действие которых определяется моментом востребования со стороны кредитора. В таких случаях предъявление требования обладает распорядительным эффектом, поскольку именно с момента предъявления требования у должника возникает обязанность исполнить обязанность. Вероятнее всего, Тон посчитал бы эти примеры, которые противоречат его тезису, несущественными. Можно, вероятно, даже наметить некоторую линию аргументации. По общему правилу, в правах на чужое поведение реализация интереса управомоченного осуществляется при помощи активности должника, а не кредитора. В соответствии с этой логикой должник может исполнить обязанность не только без содействия кредитора, но даже и независимо от его воли. Но это означает, что воля управомоченного не воздействует на субстрат обязанности, не обладает распорядительным характером, по крайней мере до момента нарушения обязанности самим должником. Если обязанность может исполняться независимо от воли кредитора и исполняться посредством поведения должника, то право требовать исполнения не может обладать по общему правилу распорядительным эффектом. Исключения из этого возможны, но они не меняют правила. Иными словами, требование исполнения не может оказать существенное влияние на субстрат обязанности, чтобы признать это влияние обладающим характером распорядительного действия.

Вторая группа тех случаев, которые традиционно рассматриваются в качестве распорядительных действий, но которые Тон не склонен рассматривать в качестве

распорядительных в узком смысле слова, касается случаев распоряжения правом, например, путём отказа от права или передачи права в порядке правопреемства. В данном случае Тон полагает, что распоряжаемость правами в смысле их передаваемости третьим лицам не является необходимой для всех типов субъективных прав. Бесспорны ситуации, в которых права или вообще не обладают оборотоспособностью, или ограниченно обороноспособны. А если это так, то распоряжаемость правами в смысле их передаваемости, способности выступать объектом правопреемства не является универсальной характеристикой всех типов субъективных прав. Таким образом, возможно существование субъективных прав, которые, оставаясь субъективными, тем не менее не могут быть объектом правопреемства. Следовательно, критерий субъективного характера права нельзя искать в передаваемости права.

Сказанное, вероятно, позволяет сделать некоторые обоснованные предположения относительно того, почему Тон предложил считать распоряжением именно распоряжение средствами защиты права. Во-первых, право на чужое поведение действительно в своём абсолютном большинстве предполагает одновременное предоставление субъекту возможности распоряжаться средствами защиты. Иначе говоря, право на иск в материально-правовом смысле слова настолько тесно связано с самим соответствующим материальным правом, что одно предполагает другое. И эта связь, по мысли Тона, сильнее и очевиднее, чем, например, связь между материальным правом и правомочием распоряжения в смысле возможности передавать право. Иначе говоря, реконструируя логику Тона, можно сказать, что право на защиту гораздо более тесно связано с соответствующим материальным правом, чем правомочие распоряжения в смысле возможности передавать право. Даже в тех случаях, в которых правомочие распоряжения отсутствует, право на защиту (с возможностью распоряжаться средствами защиты) имеет место. По этой причине и следует именно право на иск в материально-правовом смысле рассматривать как наиболее типичное проявление принципа диспозитивности.

В чём же проявляется принцип диспозитивности применительно к праву на иск в материально-правовом смысле? Сам факт, что использование средства защиты зависит от усмотрения управомоченного, свидетельствует в пользу распорядительного характера возможности защиты права. Управомоченный может не защищать принадлежащее ему и нарушенное право, и тем самым акт его воли окажет влияние на параметры и объём обязанности (императива), о нарушении (принудительном осуществлении) которого идёт речь. Позже Ганс Кельзен, который также вслед за Тоном критерий субъективации юридической возможности будет видеть именно в свободе усмотрения относительно защиты соответствующей юридической возможности, более детально расшифрует существо распорядительного характера права на иск. По мнению Кельзена, право на иск в материально-

правовом смысле представляет собой разновидность компетенции, которую правопорядок делегирует частному лицу (управомоченному), и выражается в способности инициировать правовые последствия в виде принудительного осуществления юридической обязанности или санкции за её неисполнение[1]. Распорядительный эффект состоит в инициировании процедуры, которая должна привести к изменению правового статуса обязанного лица (принудительного осуществления обязанности или санкции за её нарушения). Это изменение не может быть осуществлено помимо воли управомоченного. В этом и заключается его распорядительный характер.

Очевидные возражения против того, чтобы распорядительный характер права усматривать в способности управомоченного распоряжаться средствами защиты права, заключается в том, что принудительное осуществление обязанности или санкции реализуется при помощи юрисдикционного механизма защиты права, а не односторонними действиями самого управомоченного. Более того, эта судебная защита нарушенного права далеко не во всех случаях действительно приводит к защите права. В случаях недосказанности или судебной ошибки возможна ситуация, когда существующее материальное право не получит судебной защиты. Можно ли в таком случае утверждать, что право на защиту обладает настоящим распорядительным действием, если оно осуществляется не самим управомоченным, а судом и далеко не во всех случаях?

Тон полагает, что сам факт существования судебных ошибок и невозможности доказать существование права или факт его нарушения не может рассматриваться в качестве аргумента против тезиса о распорядительном характере права на защиту. В подавляющем большинстве случаев осуществление права на иск в материально-правовом смысле приводит к реальной защите права и реализует распорядительный эффект права на защиту. Важно то, что суд должен принять решение о принудительном исполнении обязанности не произвольно, а на основе требования истца и при наличии необходимых доказательств. Тот факт, что далеко не всегда эти доказательства можно представить, не означает, что судебная защита права не зависит от материального права в принципе[2].

То же самое относится к следующему возражению. Право на предъявление иска (право на иск в формальном смысле) предусматривает возможность обращения за судебной защитой не только реально существующего материального права. По этой причине право на иск нельзя рассматривать как право на удовлетворение иска, как право на благоприятное судебное решение. То, имеет ли истец право на иск в материально-правовом смысле, выяснится в самом процесс, станет результатом процесса, а не его предпосылкой. Можно ли поэтому считать

[1] Kelsen H. Reine Rechtslehre: Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit (Studienausgabe der 2.Auflage 1960). Tübingen: Mohr Siebeck, 2017. S. 270.
[2] Thon A. Op. cit. S. 242.

право на иск столь тесно связанным с самим нарушенным правом, как это предполагает теория Тона? Для устранения этого сомнения Тон использует следующий аргумент: принудительному осуществлению подлежит судебное решение, т.е. результат процесса, в котором и выясняется, обладает ли истец правом на иск в материально-правовом смысле. Следовательно, процесс и материальное право всегда связаны между собой, ведь суд выносит своё решение не произвольно, а на основе норм материального права[1].

Дискуссия о соотношении материального права и права на защиту только начинала разворачиваться в полную силу ко времени публикации Тоном своей монографии. По этой причине аргументы Тона не могли учитывать всех аспектов дискуссии, которая продолжается и по сей день. Весьма важную в рассматриваемом отношении монографию Генриха Дегенкольба Тон знал и комментировал[2]. И несмотря на то, что дискуссия о соотношении материального и процессуального права ушла с тех пор очень далеко вперёд, аргументы Тона в своей основе сохраняют своё значение. Полное отделение права на защиту от самогоматериального права, на защиту которого оно направлено, невозможно, противоречит самой сути права на защиту и приводит к парадоксальным результатам. Именно по этой причине возражения против того, чтобы считать право на защиту проявлением распорядительного действия самого материального субъективного права, не следует считать убедительными.

Всё это тем не менее не означает, что редукция распорядительных действий исключительно к распоряжению средствами защиты права в рамках концепции Тона нелишена противоречий. Интересный вопрос, который возникает в связи с этой теоретической редукцией, касается соотношения распоряжения средствами защиты права и распоряжения правами в традиционном смысле этого термина. Как отмечалось выше, Тон исходит из того, что распоряжение в смысле возможности передавать права не является универсальным свойством субъективных прав, по крайней мере, не достаточно универсальным в той степени, в которой универсальным является право на иск в материально-правовом смысле. Тем не менее нельзя отрицать, что большинство субъективных частных прав обладают свойством передаваемости. Поэтому возникает вопрос, каким образом распоряжаемость в смысле передаваемости прав (и шире, с возможностью отказа от прав) соотносится с распоряжаемостью в смысле свободы усмотрения относительно средств защиты права.

По логике вещей и в том и в другом случае представляется возможным зафиксировать аналогичный распорядительный эффект. В самом деле, отказ от права по фактическим последствиям во многом аналогичен отказу от защиты права. И в том и в другом случае воля управомоченного оказывает непосредственное воздействие на субстрат юридической

[1] Ibid. S. 241.
[2] Ibid. S. 235.

обязанности, создавая для должника юридические основания не исполнять обязанность. Тем не менее Тон категорически возражает против отождествления этих двух типов распорядительных действий или даже против поиска аналогий между ними. И опять-таки этот тезис Тона основал целую традицию возражений против такого отождествления, традицию, которая оказывает на трактовку соответствующих проблем влияние и по сей день. По этой причине, вероятно, необходимо остановиться на этом вопросе подробнее.

Тон исходит из того, что не существует необходимой связи между существованием субъективного права и возможностью распоряжаться им. Даже в тех случаях, когда право распоряжаемо в смысле способности передать его иным лицам или отказаться от него, способность распоряжаться правом не входит в содержание самого права, а составляет особую юридическую возможность[1]. Ведь если право и распоряжение им не обязательно предполагают друг друга, то и существовать они могут отдельно друг от друга. По этой причине распоряжение в смысле возможности передать право или отказаться от него следует конструировать в качестве правовой возможности особого рода.

Своеобразие указанной правовой возможности заключается, по мнению Тона, в том, что в рассматриваемом случае предоставление возможности распоряжаться правом не является императивом в техническом смысле, т.е. не относится ни к обязанностям, ни к запретам[2]. Это противоречит основному тезису теории императивов, в соответствии с которым право регулирует поведение исключительно с помощью запретов и обязанностей. Правовая власть, посредством которой осуществляется распоряжение, не является ни обязанностью, ни запретом и не может быть к ним сведена, как это имело место с дозволениями. Правовая власть, распорядительная способность порождают обязанности и запреты, но сами таковыми не являются. Чтобы разрешить это противоречие, Тону пришлось использовать ещё один крайне интересный аргументативный приём, который впоследствии приобрёл в теоретической литературе большую популярность.

Тон выдвинул гипотезу, в соответствии с которой правовая власть, распорядительная способность не является самостоятельной нормой, а лишь фрагментом нормы права, устанавливающей обязанность (или запрет). Иными словами, норма, предоставляющая субъекту распорядительную власть, неотделима от императива (обязанности или запрета), относительно существа которого эта распорядительная власть предоставляется. Именно этот тезис о несамостоятельности норм-компетенций, норм, предоставляющих распорядительную власть, позволит Тону квалифицировать распорядительную власть как правомочие особого рода. Именно правомочие, а не субъективное право в техническом смысле слова, поскольку это

[1] Thon A. Op.cit. S. 328.
[2] Ibid. S. 346.

правомочие не может быть сведено к юридическому императиву (обязанности или запрету).

Оценивая эти аргументы Тона, невольно приходишь к выводу, что именно эта часть его теории представляет наибольшую слабость. Прежде всего необходимо обратить внимание на то, что с точки зрения самого Тона свобода усмотрения в вопросе защиты права представляет собой такую же распорядительную способность, т.е. является правовой властью, компетенцией или секундарным правом, как и правовая власть распоряжаться правом (передавать его третьим лицам или отказаться от него). Структурно между рассматриваемыми правовыми возможностями нет никакого серьёзного различия.

Более того, как мы постарались показать в рамках предшествующего анализа, субъективное право конструируется Тоном именно по модели правовой власти или секундарного права, а не права требования. Как уже было продемонстрировано выше, именно юридически защищённая способность распоряжаться обязанностью является признаком корреспонирующего ей субъективного права, т.е. тем, что *соединяет право и обязанность*, делает их взаимными коррелятами. Другое дело, что способность распоряжаться обязанностью понимается Тоном крайне узко, исключительно как свобода распоряжения средством защиты права. Мотивы, которые привели Тона к столь узкой трактовке распоряжения, также были проанализированы выше. Вероятнее всего, Тон просто считал, что именно на этапе защиты нарушенного права степень контроля управомоченного над принадлежащим ему правом проявляется наиболее полно и выпукло.

В пользу этой интерпретации говорит также то, что Тон нередко прибегает к сравнению современных правопорядков, для которых характерна монополия государства на принуждение, с ранними архаическими правопорядками, в которых защита права рассматривалась как санкционированное правопорядком самоуправство. Истец, выигравший процесс, получал право на самоуправство в отношении ответчика (должника). Более того, Тон исходит из того, что самоуправство в принципе может рассматриваться как эквивалент иска в материально-правовом смысле[1]. Особенности же самозащиты гражданских прав как раз в том и состоят, что они применяются кредитором к должнику непосредственно и представляют собой легализованное принуждение. В интересующем нас аспекте эти два признака переводятся как активность управомоченного, состоящая в наложении (право)ограничений на (неисправного) должника. Если же считать, что право на иск в материально-правовом смысле представляет собой полноценный функциональный эквивалент самозащиты гражданских прав (в форме санкционированного самоуправства), эквивалент, возникший в условиях государственной монополии на принуждение[2], то и право на иск можно понимать как

[1] Thon A. Op. cit. S. 225.

[2] А эта точка зрения была господствующей во времена, когда Тон писал свою монографию, и остаётся

активность управомоченного, с помощью которой изменяется правовое положение должника. Единственное отличие от самоуправства заключается в том, что здесь самоуправство заменяется деятельностью юрисдикционного органа (суда и судебного пристава). Подобная трактовка вообще не удивительна для юридико-позитивистского правопонимания, в рамках которого принудительность рассматривается если не как обязательный, то по меньшей мере как важный атрибут правовой формы. Поэтому и способность принудительно осуществлять императивы становится критически важным атрибутом правовой формы.

* * *

Таким образом, важнейшая заслуга Августа Тона состоит в том, что ему впервые удалось наделить термин «господство воли» (при помощи которого традиционно фиксировалась сущность субъективного (частного) права) строгим «юридико-техническим» смыслом. В качестве проявлений «господства воли» можно рассматривать лишь те правонаделительные структуры, которые придают индивидуальной воле субъекта частного права способность создавать, изменять или прекращать частные права и обязанности. Это позволяет считать Тона создателем «распорядительной» теории субъективного права, т.е. теории, которая видит существо субъективного (частного) права в наличии у его обладателя контроля над принадлежащим ему правом, выражающимся в способности по своему усмотрению определять его юридическую судьбу.

При этом сам Тон отождествлял контроль управомоченного в отношении принадлежащего ему субъективного права с закреплением за ним юридической возможности защищать его (право на иск в материально-правовом смысле), отделяя инициативу и способность защищать права от распоряжения правом (в узком смысле).

1. Вклад Тона в учение о субъективном (частном) праве заключается в том, что германский правовед сформулировал ряд оригинальных аргументов, которые положили начало сразу нескольким плодотворным направлениям исследования категории субъективного права.

2. Общей основой теоретической модели субъективного права Тона является теория императивов, в соответствии с которой право регулирует поведение посредством императивов – юридических обязанностей и запретов.

3. Оригинальность теоретической модели субъективного права Тона состоит в том, что он нашёл способ совместить две на первый взгляд противоречащие друг другу предпосылки: с одной стороны, вытекающий из теории императивов вывод, что любая юридическая возможность, возникающая у субъектов права, представляет собой оборотную

влиятельной и по сей день.

сторону чужой обязанности, а любое право, корреспондирующее обязанности, – это право на чужое поведение; с другой стороны, классическое представление о субъективном праве как господстве воли управомоченного, в рамках которого акцент переносится с обязанности, с поведения обязанного лица на активность и инициативу самого управомоченного.

3. Существо субъективного права Тон усматривает в принадлежащей управомоченному правовой власти распоряжаться средствами защиты права, т.е. в эвентуальном праве на иск (в материально-правовом смысле). Тон скорректировал классическую трактовку принципа корреляции (соответствия) субъективных прав и юридических обязанностей. Право корреспондирует обязанности только в том случае, если управомоченный обладает определённой степенью контроля над соответствующей юридической обязанностью, способностью распоряжаться последней.

4. При этом Тон считает, что наиболее очевидным и бесспорным проявлением контроля управомоченного над юридической обязанностью является не столько способность передавать право, сколько свобода усмотрения защищать право.

5. Среди причин, обусловивших выбор Тоном именно права на иск в материально-правовом смысле в качестве стандартного случая контроля управомоченного над обязанностью, можно назвать следующие. Вероятно, важное влияние здесь оказало представление, которое трактовало юрисдикционную защиту права как функциональныйэквивалент самозащиты права, которая на ранних этапах развития правовых систем имела форму санкционированного самоуправства. Суть требования управомоченного к должнику состояла в конечном итоге в применении к нему принуждения, в принудительном изменениии его правового положения (прав и обязанностей). Если перенести эту модель на более поздний этап развития права с монополизацией принуждения государством, то место самоуправства занимает инициатива в приведении в действие принудительного осуществления обязанности (право на иск в материально-правовом смысле).

6. Несмотря на то что основой теоретической модели субъективного права у Тона было право с распорядительным эффектом, право типа юридической компетенции, или секундарное право, теоретическая конструкция секундарного права вызывала трудности. В обычном случае секундарное право не может быть определено как эвентуальное право на иски ему не коррелирует юридическая обязанность. Именно поэтому Тон предпочитает рассматривать такие права как правомочия особого рода, а не субъективные права в техническом смысле. Однако вследствие этого в теории Тона сосуществуют две группы правовых возможностей, обладающих распорядительным эффектом (секундарные права в собственном смысле и право на иск в материально-правовом смысле), структурные различия между которыми не так велики.

7. Тон заложил основы теоретической редукции дозволений к запретам (и обязанностей), в рамках которой право на собственное поведение управомоченного рассматривается лишь как фактическое следствие запрета иным лицам препятствовать управомоченному.

3.2.Делегированная компетенция, государственное принуждение и распоряжение субъективным правом (Г. Кельзен)

Традиционно считается, что Ганс Кельзен скорее является критиком самого понятия субъективного права, чем его апологетом[1]. Более того, Кельзен сам давал повод для такого рода подозрений. Тем не менее, как мне представляется, существуют серьёзные основания говорить о существовании оригинальной самостоятельной и весьма интересной теории субъективного права Ганса Кельзена. Эта теория, по моему мнению, находится в русле формальных позитивистских теоретических моделей субъективного права и представляет собой значительное достижение теоретико-правовой мысли, до сих пор вызывающее живой отклик и дискуссии в среде теоретиков права, цивилистов и специалистов по публичному праву.

Положение Ганса Кельзена как ведущего теоретика права XX столетия противоречиво. Всеобщее признание его статуса как крупнейшего теоретика права, высокая оценка его теоретического наследия сочетаются одновременно со сравнительно невысоким интересом к его идеям и концепциям. Парадоксальным образом именно в германоязычной среде, к которой принадлежал Кельзен (несмотря на долгую иммиграцию), популярность его идей сравнительно низка[2]. Гораздо большее внимание уделяют в последние годы разработке теоретического наследия Кельзена англо-американские исследователи. В течение последних десятилетий основные работы Кельзена, в первую очередь оба издания «Чистого учения о праве» и последняя работа Кельзена «Общая теория норм», переведены на английский язык и активно комментируются и обсуждаются[3]. И традиционно Кельзен пользуется огромной популярностью в итальянской и испаноязычной доктринах права, где его репутация как основного теоретика права, теоретика *par excellence,* не подвергается сомнению.

В отечественном контексте можно сказать, что Кельзену не повезло, вероятно, ещё больше, чем в Германии. Первая большая теоретическая работа Ганса Кельзена «*Hauptprobleme der Staatrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*» («Основные проблемы учения о праве и государстве») появилась ещё до революции, в 1911 г.[4] Но российская дореволюционная наука не успела до начала Первой мировой войны отреагировать на появление этого выдающегося произведения, которое, вне всякого сомнения, оказало бы серьёзное и глубокое воздействие на отечественную правовую доктрину, если бы не

[1] Fezer K.-H. Op. cit. S. 271.

[2] За исключением, пожалуй, самой Австрии, где существует Институт Ганса Кельзена и регулярно издаётся книжная серия теоретических исследований о нём.

[3] Kelsen H. Introduction to the Problems of Legal Theory: A Translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law. Oxford: Clarendon Press, 1998; Idem. Pure Theory of Law. Clark: The Lawbook Exchange, Ltd., 2009; Idem. General Theory of Norms. Oxford: Clarendon Press, 1991.

[4] Kelsen H. Hauptprobleme der Staatrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze // Hans KelsenWerke. Bd. 2: Veröffentliche Schriften 1911. Halbbd. 2. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008.

катаклизмы мировой войны, революции и установление коммунистической диктатуры. Просто не хватило времени.

В условиях же коммунистического режима судьба рецепции теоретического наследия Ганса Кельзена в России была предопределена. Характерный факт: первое русскоязычное издание работы австрийского ученого, его *opus magnum* появилось в 1988 г., ключевом году перестройки, в котором определилась окончательно и судьба коммунистического режима в России. И это не случайное совпадение. Ганс Кельзен на протяжении всей своей долгой и плодотворной научной жизни был последовательным, острым и убедительным критиком тоталитарных диктатур XX века вообще и коммунистического режима и идеологии, в частности. Он одним из первых начал анализ и критику коммунистических взглядов на право. Уже в 1921 году (!) Кельзен публикует первое своё исследование на эту тему, работу «Социализм и государство. Исследование политической теории марксизма» («*Sozialismus und Staat: Eine Untersuchung der politischen Theorie des Marxismus*»)[1]. Впоследствии Кельзен неоднократно возвращался к критическому анализу «правовых» структур коммунистической диктатуры. Самое известное его исследование на эту тему – «Коммунистическая теория права» («*Communist Theory of Law*») – опубликовано уже в американский период его академической карьеры[2]. В этих работах Кельзен выступал как последовательный и непримиримый критик коммунистической теории и практики права.

Неудивительно поэтому, что теория Кельзена и даже его имя были табуированы в Росиии в течение большей части XX в. Однако отечественные теоретики, особенно с дореволюционным образованием и знанием иностранных языков, знакомились с трудами Ганса Кельзена. Это скрытое по понятным причинам влияние идей Кельзена можно увидеть по косвенным признакам. Вместе с тем, конечно, в условия такого «полуподпольного» статуса Кельзена трудно ожидать, что его идеи войдут в научный оборот русскоязычной теории права или цивилистики.

Парадоксальным образом сложилась судьба идей Кельзена и в его родной германоязычной правовой культуре, которая также пережила в XX столетии травматичный опыт тоталитарной диктатуры. В 1920-е гг. можно констатировать пик популярности теоретических идей Ганса Кельзена. Австрийский правовед считается основателем идей конституционного надзора в континентальной Европе, создателем Конституционного Суда Австрии. Положение меняется в 1930-е гг. с возникновением в Центральной и Южной Европе серии тоталитарных диктатур. Кельзен, как и многие другие учёные, вынужден эмигрировать сначала в Швейцарию, а потом в США. И дело не только в его еврейском происхождении. Взгляды Ганса Кельзена на

[1] Kelsen H. Sozialismus und Staat: Eine Untersuchung der politischen Theorie des Marxismus // Hans KelsenWerke. Bd. 6: Veröffentliche Schriften 1920–1921. Tübingen: Mohr Siebeck, 2019.
[2] Kelsen H. Communist Theory of Law. New York: Praeger, 1955.

демократию, право и государство несовместимы с идеологиями тоталитаризма, неважно, коммунистический или национал-социалистический это тип тоталитаризма. Кельзен всегда был последовательным и бескомпромиссным критиком тоталитарных утопий и политических и «правовых» практик тоталитарных режимов[1].

Казалось бы, после уничтожения германской и итальянской версий тоталитаризма идеи Кельзена должны были возродиться на родной почве германоязычной юридической культуры. Ведь Кельзен, как уже неоднократно отмечалось выше, всегда был последовательным противником тоталитарных теорий и защитником либеральной модели права и государства. Но этого не произошло. Более того, вследствие некоторых особенностей развития германского социума и правовой теории после 1945 г. ответственным за преступления нацизма, за их «юридическое» оформление в виде нормативных актов и применение на практике был объявлен… юридический позитивизм вообще и кельзеновский юридический нормативизм как его наиболее последовательное проявление. Логика здесь довольно простая и прямолинейная: если правом считать волю государства, выраженную в определённой форме, безотносительно к её содержанию, то в правовую форму можно возводить любые произвольные меры самого дискриминационного содержания. Но ведь Кельзен утверждал, что «содержание правовых норм юридически иррелевантно», а это и есть концентрированное выражение нацистских правовых практик.

В действительности дело в Германии 1930–1940-х гг. обстояло куда сложнее. Лишь небольшая часть нацистских теоретиков права придерживалась позитивистских воззрений[2]. Более того, большинство ведущих теоретиков и цивилистов того периода придерживались антипозитивистских взглядов. Ещё до 1933 г. критика Кельзена считалась хорошим тоном в сильно сдвинувшейся вправо германоязычной доктрине[3]. После 1945 г. (как говорят сейчас немцы, *nach der «Stunde Null»*[4]) эта критическая установка продолжилась, сменив модальность. Если раньше Кельзен был ответственен за формализм и деполитизацию науки права, которые препятствуют реализации «суверенитета» немецкого народа, то отныне формализм, нейтральность и деполитизация служили оправданием юридизированного произвола, облечения в квазиправовую форму нацистских преступлений[5]. Естественно, нужно учитывать травму, которая была нанесена германскому обществу в целом и юридическому сообществу, в

[1] Подробнее см.: Vinx L. Hans Kelsen's Pure Theory of Law: Legality and Legitimacy. Oxford: Oxford University Press, 2007.
[2] Rüthers B. Die unbegrenzte Auslegung: Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsoziolismus. 7. Aufl.
[3] Korb A.-J. Kelsens Kritiker: Ein Beitrag zur Geschichte der Rechts- und Staatstheorie (1911–1934). Tübingen: Mohr Siebeck, 2010.
[4] Kauhausen I. Nach der «Stunde Null»: Prinzipiendiskussionen im Privatrecht nach 1945. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007.
[5] Dyzenhaus D. Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar. Oxford: Clarendon Press, 1999.

частности, болезненным осознанием того, что нацистская идеология возникла именно на немецкой почве и при непротивлении германского общества и германских юристов. Это осознание потребовало времени и неизбежно сопровождалось поиском виновников, часто совсем не там, где они реально находились. Это нужно учитывать. И это очень понятно нам, с нашей собственной травмой и стремлением найти виновного. Так или иначе, Кельзен оказался одинаково непопулярен и в родной германоязычной культуре, и в России.

Кельзен известен в первую очередь как теоретик права публичного, а не частного. В известной мере он сам – яркий пример того, как в XX в. поменялись приоритеты юридической науки. Если в XIX в. мы наблюдаем, как цивилистика создаёт правовую теорию, то следующее столетие демонстрирует обратную тенденцию роста внимания и значимости публично-правовой теории. Кельзен – ученик Георга Еллинека, ключевой фигуры германской теории публичного права[1]. Сам основной посыл, пафос кельзеновской теории права проникнут этатизмом и формальным легизмом – этими столпами германской ортодоксии публичного права времён империи Вильгельма II[2]. По этой причине идея анализа идей Кельзена в области частного права может показаться странной. Тем более что сам австрийский правовед многократно и недвусмысленно отвергал саму идею дуализма права, деление права на частное и публичное[3].

Тем не менее Кельзен внёс существенный вклад в разработку некоторых базовых категорий теории частного права, оказав значительное влияние на понимание некоторых основополагающих категорий цивилистики. В частности, как я постараюсь показать в дальнейшем изложении, Кельзен внёс существенный вклад в разработку основной категории классической германской теории частного права – категории субъективного права.

Основной посыл теории права Кельзена состоит в стремлении избавить науку права от различного рода «химер», от наследия теории естественного права и моральной теории. В этом заключается смысл «*чистоты»* учения о праве. «Чистая» теория права должна, по замыслу Кельзена, освободиться от различных метафизических допущений и продемонстрировать суть юридических явлений, не сводя их к этическим, социологическими тому подобным неюридическим феноменам. Иными словами, необходимо обнаружить собственно юридическое измерение и корректно теоретически описать его.

Ключевая проблема этого теоретического проекта, по мнению Кельзена, заключается в первую очередь в эмансипации права от морали[4]. Чтобы последовательно осуществить

[1] Kersten J. Georg Jellinek und die klassische Staatslehre. Tübingen: Mohr Siebeck, 2000.
[2] Pauly W. Op. cit.
[3] Kelsen H. Reine Rechtslehre: Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit (Studienausgabe der 2. Auflage 1960). S. 494.
[4] Ibid. S. 132.

подобную задачу, необходимо найти такое свойство норм права, которое радикально отличает право от иных типов социальных норм, прежде всего, естественно, моральных норм. Кельзен предложил в качестве такого критерия отграничения то, что нормы права обладают свойством обеспеченности государственным принуждением[1]. Правовой порядок представляет собой принудительный порядок. Это означает, что в случае неисполнения требований правовых предписаний к нарушителю должна применяться санкция. Поскольку же право по определению принудительно, то юридический императив (правовое предписание) всегда должно быть сопряжено с угрозой применения санкции. Другими словами, императив, который не снабжён санкцией (угрозой применения мер государственного принуждения в случае несоблюдения), не является правовой нормой в техническом смысле слова.

Эта точка зрения, казалось бы, противоречит реалиям функционирования юридических систем и практик. Далеко не все императивы оказываются непосредственно обеспечены санкциями как возможностями применения мер государственного принуждения в случае их несоблюдения. Возьмём в качестве примера конструкцию притязания. Как убедительно показал Август Тон, юридическая обязанность (которой соответствует притязание) сама по себе не является принудительной. Принудительным характером (т.е. свойством исполнимости помимо воли должника при помощи государственного механизма принудительного исполнения) обладает другой императив, обращённый к суду и заключающийся в обязанности суда применить санкцию к нарушителю юридической обязанности. Другими словами, у Тона существуют два вида юридическим императивов. Первый – это обязанность должника совершить определённые действия или отказаться от их совершения. Второй – это обязанность суда применить санкцию к должнику (адресату первого императива) в случае, если последний не исполняет свою обязанность.

Из этих двух императивов только второй обладает свойством принудительности, т.е. может быть осуществлён помимо воли должника при помощи принуждения. Но это означает, что далеко не все юридические императивы (обязанности) снабжены возможностью принудительной реализации. Кельзену же было важно доказать, что дело обстоит с точностью до наоборот. Иначе, как уже указывалось выше, трудно отделить правовые нормы от иных норм, которые также не снабжены возможностью применения государственного принуждения.

Именно указанные обстоятельства обусловили то, что Кельзен использовал для решения указанной проблемы тезис о гипотетической структуре правового предписания. С точки зрения Кельзена, абстрактная норма права общего характера характеризуется тем, что обладает гипотетической структурой, т.е. моделируется по схеме «Если А, то В», где «А» представляет

[1] Kelsen H. Reine Rechtslehre: Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit (Studienausgabe der 2. Auflage 1960). S. 76.

собой условия применения «В», а «В» – санкцию. Иными словами, любая общая норма права представляет собой правило об условиях применения санкции. Эта «бикондициональная» гипотетическая структура общей нормы права помогает решить проблему обеспеченности каждого правового предписания санкцией, о которой говорилось выше. Санкция *по определению* составляет второй элемент (последствие) любой нормы права. По существу, любая норма права, по мнению Кельзена, представляет собой предписание об условиях применения санкции.

Проиллюстрируем эти абстрактные рассуждения применительно к конструкции притязания. У Тона, как отмечалось выше, существовало два вида императивов. Один, обращённый к должнику, представляет собой требование о необходимости определённого поведения. Сам по себе он не снабжён возможностью государственного принуждения, поскольку в случае его нарушения должником управомоченный вправе обратиться к суду с требованием применить к должнику санкцию за неисполнение обязанности. Вот этот последний императив обращён к суду, а условием его применения является отказ должника добровольно исполнить свою обязанность (императив первого типа). И именно этот последний императив, обращённый к суду, и является принудительно исполнимым[1]. Первый же императив (необходимость исполнения должником своей обязанности по требованию кредитора)[2] не снабжён принудительной силой.

Своеобразие решения Кельзена состоит в том, что он объединяет оба эти императива в единый бикондициональный императив, обладающей гипотетической структурой (по модели «если…, то»)[3]. Таким образом, в рассматриваемом нами случае нарушение императива первого типа (обязанность должника перед кредитором) становится условием применения императива второго типа (обязанность суда применить санкцию к нарушителю императива первого типа). И оба императива сливаются в один, приобретая синкретический характер.

Что достигается при помощи подобной конструкции? Если любую норму права трактовать как указание о применении санкции в определённых в гипотезе нормы случаях, то тем самым автоматически любые нормы права становятся императивами, предписывающими условия применения санкций. Таким образом, в конечном счете любое правовое предписание оказывается неразрывно связано с санкцией, т.е. с государственным принуждением. Именно это и требовалось доказать Кельзену для подтверждения его тезиса о том, что отличительный признак права в его принудительности, в отличие от иных видов социальных норм,

---

[1] Строго говоря, только его Тон и называет притязанием в техническом смысле слова.

[2] То есть то, что классическая, идущая от Виндшайда традиция считает притязанием в техническом смысле слова.

[3] Kelsen H. Reine Rechtslehre: Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit (Studienausgabe der 2. Auflage 1960). Кар. 14, 23, 24.

неюридических императивов.

Эта же идея бикондициональности решила ещё одну серьёзную проблему, проблему автономии юридического метода. Причём речь одновременно идёт о юридическом методе в двух смыслах: во-первых, методе как специфическом способе воздействия права на социальную реальность, во-вторых, специфическом, характерном только для права методе функционирования норм. Кельзен противопоставил причинность и вменение (*imputation*)[1]. Каузальная, причинно-следственная связь составляет основу взаимосвязи явлений природы, а поиск причинно-следственных связей является основной задачей естественных наук. Вменение, т.е. *приписывание* связи между двумя фактами, является характеристикой мира нормативных, не фактических феноменов. Соответственно, вменение, приписывание, импутация составляет основы нормативного метода.

В чём заключается смысл вменения? Речь идёт о схеме типа: «Если А, то *следует считать, что* В». Причинно-следственная же схема имеет форму: «Если А, то В». Иначе говоря, связь между двумя фактами вменяется им, рассматривается как должное, независимо от того, соответствует ли это реальности (если вообще можно говорить о существовании идеальных нормативных феноменов). В случае же причинно-следственной связи связь между явлениями предполагается существующей в самой реальности, а не просто постулируется. Поэтому у норм и фактов, сфер должного и сущего различные модальности: нормы *действуют*, а факты *существуют*.

С точки зрения Кельзена, нормативные науки описывают связь между нормативными фактами, которая может существовать исключительно как вменение, приписывание одного нормативного факта другому. Вменение означает, что связь *должна* иметь место, рассматривается как имеющая место. Соответственно, нормативные науки изучают специфические формы «бытия» нормативных фактов (их действительность) и специфические отношения между этими нормативными фактами (вменение).

Таким образом, бикондициональная, гипотетическая структура применительно к нормативным феноменам и нормативным дисциплинам позволяет чётко отделить предмет и метод нормативных дисциплин (и права как разновидности нормативной дисциплины) от предмета и метода наук естественных, основанных на описании и изучении причинно-следственных связей между реально существующими феноменами. Предметом нормативной науки с этой точки зрения являются нормативные факты, способом существования которых является их «действительность». Методом нормативной науки при подобной трактовке будет вменение как специфическая связь нормативных феноменов. Соответственно, предметом естественной науки являются факты, которые существуют (эмпирически фиксируются) в

[1] Kelsen H. General Theory of Norms. P. 24–25.

реальной действительности, а методом – причинно-следственные связи.

Среди нормативных дисциплин право выделяет то, что одним из нормативных феноменов, которые «вменяются» друг другу, непременно должна быть санкция (государственное принуждение). Иными словами, бикондиционал связывает один (или несколько) нормативных фактов с императивом применить санкцию. Таким образом, Кельзен выделяет для права специфический предмет уже по отношению к другим нормативным наукам. В отличие от других нормативных дисциплин нормативные факты права всегда связаны с (государственным) принуждением, с санкциями.

Отсюда становится понятным те мотивы, которыми руководствовался Кельзен, настаивая на том, что право представляет собой принудительный нормативный порядок и какую роль для доказательства связи права с принуждением играет конструкция гипотетической нормы. Дело в том, что в реальной практике далеко не все формулировки норм права включают санкции. Для того чтобы преодолеть это возражение, и выдвигается идея гипотетической структуры, связывающей санкцию с условиями её применения. Норма права у Кельзена – это прежде всего логическая структура, бикондиционал, а не формулировка конкретного правового предписания в тексте. Конкретная лингвистическая форма выражения нормы, которая не содержит санкции, с точки зрения теории норм представляет собой фрагмент нормы права, а не норму права целиком[1]. По этой причине наука права в известной мере конструирует свой предмет – нормы права из тех фрагментов, которые содержатся в авторитетных юридических источниках. Этот «конструктивистский» подход к праву отражает влияние неокантианской философской традиции на раннего Ганса Кельзена[2].

Подобное понимание связи права и принуждения и структуры нормы права оказывает решающее влияние и на понимание Кельзеном категории субъективного (частного) права. Как стало ясно из предыдущего изложения, для Кельзена характерен перенос акцента с обязанности определённого поведения, адресованного обычному субъекту права, на императив применить санкцию в случае нарушения (обычным) субъектом своей обязанности, адресованный должностному лицу (как правило – суду). Что придаёт обязанности первого типа (обязанность определённого поведения) принудительный характер (необходимый, чтобы квалифицировать его как юридическую обязанность)? То, что в случае неисполнения этой обязанности первого типа у должностного лица появляется полномочие применить к должнику санкцию (государственное принуждение). Иными словами, нарушение обязанности первого типа является условием применения санкции. Именно возможность применения санкции

[1] Кельзен неоднократно колебался и пересматривал свою точку зрения на этот вопрос. Приведённая позиция в её категорической форме больше характерна для раннего периода творчества Кельзена, для ранних его работ.
[2] Normatity and Norms: Critical Perspective on Kelsenian Themes / Ed. by S. L. Paulson, B. Litschewski Paulson. Oxford: Clarendon Press, 1998, Part 3.

даёт возможность полагать, что эта обязанность (первого типа), которая, если её рассматривать изолированно, не является принудительной, всё же в конечном счёте оказывается снабжена санкцией и способностью к принудительному осуществлению. Но такая возможность сохраняется только постольку, поскольку обязанность первого типа (её нарушение) сформулирована как условие применения санкции.

Попробуем применить конструкцию бикондиционала, гипотетической нормы права к притязанию. Прежде всего, для Кельзена, особенно в ранних версиях его теории, обязанность и юридический императив – понятия если не тождественные, то практически тождественные[1]. Из этого, помимо всего прочего, следует, что любое субъективное право должно, по логике вещей, конструироваться по модели притязания. Иными словами, субъективное право – это всегда право на чужое поведение, причём право, которое целиком растворяется в корреспондирующей ему юридической обязанности.

Но не всё так просто, как кажется на первый взгляд. Уже Август Тон продемонстрировал, что если понимать субъективное право исключительно как право на чужое поведение, как притязание, то субъективное право как самостоятельная автономная категория вообще теряет смысл существования[2]. То, что имеет действительное значение, – это императив, юридическая обязанность[3]. Норма либо что-то запрещает, либо к чему-то обязывает. Корреспондирующее обязанности право другого лица имеет значение только в том смысле, что оно определяет адресат, выгодоприобретателя, в пользу которого обязанность должна быть исполнена должником. Вся основная регулятивная нагрузка перенесена на обязанность, на должное поведение. Роль кредитора, носителя субъективного права - притязания ограничена, вся основная активность осуществляется при помощи исполнения обязанности. В этом смысле, по мнению Тона, право идентично обязанности и может быть к нему редуцировано.

С рассматриваемой точки зрения притязание в его донарушенной стадии не может рассматриваться как субъективное право в техническом смысле. Просто нет необходимости в существовании такой отдельной категории, если право полностью растворяется в корреспондирующей ему обязанности. По этой причине логика теории императивов (сведения всего массива регулятивных моделей только к юридической обязанности) не позволяет отождествлять притязание и субъективное право. Тон выходит из этого парадокса путём перенесения акцента с обычной регулятивной стадии развития правоотношения на его нарушенную охранительную стадию. Именно здесь и проявляется специфический субъективно-правовой компонент, заключающийся в том, что инициатива в применении к неисправному

[1] Вероятно, особенно это очевидно в монографии 1911 г. (см.: Kelsen H. Hauptprobleme der Staatrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze).
[2] Thon A. Op. cit. S 114–120, 223.
[3] Именно по этой причине теорию Тона часто именуют теорией императивов.

должнику санкции (государственного принуждения) зависит исключительно от усмотрения управомоченного, субъекта права-притязания. Вот здесь-то и имеет место «субъективация» юридической обязанности должника. Требовать принудительной реализации обязанности должника или нет, зависит от воли кредитора, превращает его из выгодоприобретателя, адресата, которому производится исполнение обязанности, в управомоченного, носителя субъективного права.

С точки зрения Кельзена, вся эта конструкция обладает одним существенным изъяном. Императив первого типа, юридическая обязанность в её донарушенной стадии сам по себе оказывается лишённым свойства принудительности. По существу у Тона существуют два юридических императива. Во-первых, это обязанности определённого поведения в пользу другого лица. Эта обязанность исполняется добровольно, а в случае нарушения прекращается и на основе её несоблюдения возникает другой императив, обязанность второго типа[1]. Во-вторых, это обязанность суда применить к неисправному должнику санкцию (меру государственного принуждения). Осуществление этой обязанности зависит от лица, в пользу которого установлена обязанность первого типа, обязанность должника. Таким образом, будет ли применена санкция к неисправному должнику, зависит от усмотрения кредитора, это-то и даёт основания рассматривать выгодоприобретателя обязанности первого типа как носителя субъективного права. Но сам императив первого типа не обладает свойством принудительной осуществимости. Признание существования императива, который не обладает свойством принудительной осуществимости, несовместимо с воззрениями Кельзена на (необходимую) связь юридических императивов и принуждения, причины которой мы установили выше.

По этой причине Кельзен изменил конструкцию, предложенную Тоном. Императивов, как уже указывалось выше, не два, а один, в котором объединены оба. Применительно к конструкции права-притязания ситуация выглядит следующим образом. Притязание (право требовать) к обязанному лицу об исполнении обязанности и право требовать от суда применить к неисправному должнику санкцию (государственное принуждение) в случае неисполнения им обязанности объединяются в единый императив. Этот императив обращёнк суду и заключается в обязанности применить к должнику санкцию, а нарушение обязанности должника перед кредитором составляет условие применения обязанности суда применить санкцию. Таким образом, и обязанность первого типа, обязанность должника косвенно становится обязанностью в техническом смысле, обязанностью, которая обеспечивается государственным принуждением (возможностью применить к неисправному должнику санкцию).

Однако этой конъюнкцией, объединением двух императивов в единый, проблема

[1] В отечественной теории обязанности первого типа получили название регулятивных, а обязанности второго типа – правоохранительных (см., например: Крашенинников Е.А. К теории права на иск. Ярославль: Издательство Ярославского университета, 1995).

субъективации юридической обязанности ещё не решена. Что делает притязание субъективным правом? Здесь Кельзен воспроизводит идею Августа Тона. Субъективно-правовой возможностью делает притязание то, что инициатива в защите права требования в случае нарушения зависит от усмотрения кредитора. Поскольку же право на защиту связано справом на чужое поведение, то субъективируется не только право на защиту, но косвенно и притязание к должнику, подобно тому, как косвенно притязание к должнику до факта его нарушения приобретает свойство принудительности.

Стоит обратить внимание и ещё на одно существенное обстоятельство. Как мы видим, критерием субъективного характера правовой возможности Кельзен считал зависимость наступления или ненаступления правовых последствий от воли управомоченного субъекта. Только кредитору принадлежит право инициировать к неисправному должнику санкцию за неисполнение соответствующей юридической обязанности. Соответственно, от усмотрения управомоченного зависит в конечном счёте, будет ли исполнена юридическая обязанность применить санкцию (прямо) и юридическая обязанность совершить определённые действия или воздержаться от их совершения (косвенно). И именно поэтому это лицо (выгодоприобретатель обязанности) именуется управомоченным лицом, носителем субъективного права. Один лишь тот факт, что юридическая обязанность подлежит исполнению в пользу определённого лица, не делает, с точки зрения Кельзена, выгодоприобретателя обладателем субъективного права в техническом смысле слова. А делает его таковым свобода усмотрения в вопросе защиты от нарушения должником обязанности.

Необходимо отметить, что свобода усмотрения в вопросе о защите права (путём нарушения должником корреспондирующей праву обязанности) – явление, которое Кельзен считает нетипичным для права в целом. Обычно ситуация складывается прямо противоположным образом и применение санкции является не правом, а обязанностью. Ведь юридические императивы, с точки зрения Кельзена, представляют собой обязанность применить санкцию в определённых случаях. В большинстве случаев обязанность применить санкцию не зависит от усмотрения (должностного) лица, который эту обязанность должен применить. И только в одном специфическом случае это не так – как раз в случае, когда инициатива в применении судом санкции принадлежит не должностному лица *ex officio*, а субъекту права требования, которому корреспондирует нарушенная обязанность. Таким образом, субъективным правом в техническом смысле по Кельзену будет не само притязание, право на исполнение юридической обязанности, а правовая власть инициировать процесс применения санкции к неисправному должнику.

В конечном итоге критерий субъективного характера юридической возможности сводится к возможности по своему усмотрению распоряжаться чужой юридической обязанностью. И

основной случай, когда это возможно, сформулирован Кельзеном узко: распоряжение имеет место в случае, когда управомоченный вправе по своему усмотрению определить, будет ли он применять санкцию и, в конечном итоге, будет ли первоначальная обязанность должника реализована. Сам Кельзен не использует понятие распоряжения или распорядительного действия для фиксации существа субъективного права. Однако косвенно, как представляется, можно квалифицировать принадлежащую управомоченному свободу усмотрения относительно принудительной реализации юридической обязанности, корреспондирующей его притязанию, как разновидность распоряжения.

По мнению Кельзена, эта зависимость защиты притязания от воли и усмотрения управомоченного лица составляет особую технику регулирования, характерную именно для частноправовых контекстов. Эта техника регулирования не является, с точки зрения Кельзена, ни типичной, ни необходимой. Теоретически можно представить правовые системы, которые вообще никогда не наделяли бы частных лиц свободой усмотрения в вопросе защиты закреплённых за ними правопорядком правовых возможностей. Именно по этой причине некоторые исследователи интерпретируют позицию Кельзена по отношению к субъективному праву как скептическую[1].

Важно, однако, подчеркнуть то, что Кельзен не только не отрицал своеобразие конструкции субъективного права, но и выявил его юридико-технические особенности. По существу резюмирует позицию Кельзена тезис, в соответствии с которым субъективное право представляет собой специфическую технику регулирования, характерную в первую очередь для частного права. В основе этой специфической техники лежит предоставление субъектам права свободы усмотрения в вопросе защиты (принудительного осуществления) закреплённых за ними правовых возможностей.

По своей юридической природе свобода усмотрения управомоченного в вопросе защиты права носит распорядительный характер, поскольку непосредственно влияет на содержание и объём соответствующей юридической обязанности. Таким образом, свобода усмотрения в вопросе защиты права представляет собой возможность типа юридической компетенции. Собственно, единственное техническое отличие полномочия создавать, изменять или прекращать обязанности другого лица в частном праве от компетенции должностного лица в публичном праве состоит в том, что компетенция предполагает отсутствие свободы усмотрения должностного лица относительно того, реализовывать ли компетенцию при наличии к тому нормативных оснований. Иными словами, компетенция в публичном праве предоставляет ему не только юридическую власть, но и обязывает его эту юридическую власть осуществлять. В частном же праве, что и составляет, по мнению Кельзена, его юридико-техническую

[1] Fezer K.-H. Op. cit. S. 271–277.

особенность, осуществление юридической власти составляет свободу усмотрения самого носителя этой юридической власти.

В итоге можно сделать однозначный вывод, что Кельзен видел существо субъективного права в свойстве распоряжаемости, которую, однако, трактовал крайне узко, в духе теории Тона, исключительно как инициативу в защите права-притязания. При этом субъективное право трактуется как специфическая юридическая техника, которая характерна именно для частноправовых контекстов. Другими словами, Кельзен теоретически связал принцип диспозитивности, частное право и конструкцию субъективного права. Частное право характеризует принцип диспозитивности, что юридико-технически означает распоряжаемость правами (посредством распоряжения средствами их защиты). Такова вкратце логическая суть воззрений Кельзена на субъективное право.

Трактовка субъективного права как разновидности распорядительных действий актуализирует вопрос о соотношении понятий субъективного (частного) и секундарного права. На первый взгляд, логика Кельзена должна была бы привести его к выводу, в соответствии с которым секундарное право представляет собой разновидность субъективного права в техническом смысле слова. Ведь секундарное право представляет собой правовую власть односторонним актом (по усмотрению управомоченного) создавать, изменять или прекращать чужие права и обязанности. Возможность по своему усмотрению определять характер и объём принудительной защиты права тоже может рассматриваться как разновидность распорядительной компетенции. Тем не менее Кельзен и его сторонники не склонны отождествлять субъективное право и секундарное право. Йозеф Айхер следующим образом характеризует различие между субъективным и секундарным правом с точки зрения кельзеновской теории. С точки зрения Айхера, характерная для секундарного права правовая власть «иначе структурирована»[1], нежели свобода усмотрения в вопросе защиты права. Секундарное право представляет собой разновидность делегированной компетенции, позволяющей управомоченному создавать (изменять или прекращать) чужие обязанности. Субъективное же право в кельзеновском понимании представляет собой ситуацию, когда воля управомоченного является одним из условий применения санкции к должнику (вторым условием выступает нарушение должником своей обязанности)[2].

С точки зрения сугубо дескриптивной, это различие действительно имеет место. Но такли оно велико и в какой мере существенно? Кроме того, именно в структурном отношении между двумя феноменами наблюдается больше сходства, чем различий. И в том и в другом случае, с точки зрения кельзеновской теории, речь идёт о делегированной «компетенции» от

[1] Eicher J. Das Eigentum als subjektives Recht. Berlin: Duncker & Humblot, 1975. S. 57.
[2] Ibidem.

правопорядка к частному лицу. Ведь и возможность самостоятельно определять, будет ли юридическая обязанность должника принудительно осуществлена, также представляет собой полномочие («компетенцию») изменять обязанности другого лица (должника). По этой причине правовая власть относительно защиты права может рассматриваться как разновидность правовой власти изменять чужую правовую сферу (т.е. секундарного права).

Сходным образом обстоит дело и применительно к соотношению субъективных прав и правоспособности. Последняя по существу также представляет собой форму делегированной правопорядком частному лицу «компетенции» создавать обязанности. Отличие правоспособности и секундарных прав обычно видят в том, что в последнем случае «компетенция» реализуется односторонними действиями управомоченного[1]. Реализация правоспособности, как правило, имеет «самообязывающий» характер, т.е. создаёт обязанности для себя, а не для другого[2]. Применительно к правоспособности её характер «делегированной компетенции» даже ещё более очевиден, чем применительно к секундарным правам.

Позиция самого Кельзена относительно соотношения правовых возможностей типа «компетенции» и субъективных прав в техническом смысле слова противоречива. С одной стороны, Кельзен прямо оговаривает, что ни правоспособность, ни субъективные права в техническом смысле не являются компетенцией[3]. С другой стороны, буквально в следующем предложении он утверждает, что эти правовые возможности всё же можно рассматривать в качестве компетенции[4]. Но сами правоспособность и субъективные права в техническом смысле разграничиваются между собой.

Ещё один вопрос, на котором следует остановиться при анализе теории субъективного права Кельзена, касается соотношения понятий субъективного права и юридической обязанности. С одной стороны, как уже неоднократно указывалось выше, статус юридической обязанности исключительно высок в рамках кельзеновской теории права. Объективно-правовая юридическая обязанность представляет собой основной (а для раннего Кельзена единственный) регулятивный инструмент права. С другой стороны, как раз конструкция субъективного права как компетенции (инициировать принудительную реализацию обязанности) не может быть описана при помощи категории обязанности. Скорее, компетенция к принудительному

---

[1] Ibid. S. 60, 61.

[2] Некоторые сторонники теории Кельзена считают это различие несущественным, полагая, что правоспособность представляет собой разновидность секундарного права. Последнее, в свою очередь, трактуется в качестве правовой власти создавать обязанности как для другого, так и для себя. Подробнее см.: Adomeit K. Gestaltungsrechte, Rechtsgeschäfte, Ansprüche.: Zur Stellung der Privatautonomie im Rechtssystem. Berlin: Duncker & Humblot, 1969. S. 11.

[3] Kelsen H. Reine Rechtslehre: Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit (Studienausgabe der 2. Auflage 1960). S. 274.

[4] Ibidem.

осуществлению обязанности создаёт (изменяет или прекращает) обязанности, но не может быть редуцирована к обязанностям.

На уровне юридических конструкций ту же идею можно описать следующим образом. Субъективное право у Кельзена не является правом-притязанием. Это не право на чужое поведение как раз потому, что последнее может быть корректно описано при помощи одной лишь категории юридической обязанности, установленной объективным правом в пользу определённого лица (выгодоприобретателя). Субъективное же право представляет собой не право требовать (исполнения обязанности), а правовую власть приводить в действие государственно-правовой механизм осуществления обязанности. Если это так, то логичным представляется вывод, что теоретическая модель субъективного права Кельзена ближе к компетенции, секундарному праву, чем к притязанию. Пусть и имеется в виду только один специфический вид компетенций – защита (принудительное осуществление) права.

Однако это-то и составляет, как представляется, главную проблему всей крайне интересной теоретической конструкции Ганса Кельзена. Для того чтобы лучше представить себе суть проблемы, необходимо напомнить, что понятие делегации компетенции составляет основу теории Кельзена в той же мере, в которой эту основу составляют понятие гипотетической нормы, обязанности, санкции и вменения. Правовой порядок по Кельзену составляет иерархию правовых норм различного уровня. Компетенция создавать правовые нормы более низкого уровня проистекает из правовой нормы более высокого уровня и так вплоть до самой общей основной нормы (*Grundnorm*). Например, для сферы частного права эта конструкция выглядит следующим образом. Норма о гражданской правоспособности наделяет субъектов гражданского права способностью создавать нормы более низкого уровня (путём заключения частноправового договора). Источником нормативной силы (юридической действительности) нормы о правоспособности является норма о законодательной компетенции в сфере частного права и так далее, вплоть до соответствующей конституционной нормы, устанавливающей правотворческую компетенцию.

Таким образом, правопорядок в целом можно теоретически описать как серию комптенционных норм, каждая из которых вытекает из предыдущей[1]. Применительно к частному праву это будет выглядеть примерно следующим образом. Высшая ступень – основная норма, далее – норма, устанавливающая законодательную компетенцию в сфере частного права, далее – норма о гражданской правоспособности, далее – конкретный частноправовой договор, далее – норма, предоставляющая кредитору по договорному обязательству компетенцию принудительно осуществлять право.

Вопрос состоит в том, как такое исчерпывающее описание пирамиды норм права

[1] Paulson S.L. The Empowerment Theory of Norms // Ratio Juris. 1988. Vol. 1. Issue 1. P. 58–72.

соотносится с утверждением Кельзена о приоритете и ключевом значении юридической обязанности в праве. Ведь если учение о «пирамиде норм права» (*Stufenbau der Rechtsordnung*) принимать всерьёз, то оказывается, что основным юридико-техническим приёмом в праве должна быть компетенционная норма, полномочие создавать нормы (более низкого уровня).

В самом деле, первичным на любом уровне пирамиды норм будет не обязанность, а норма о компетенции устанавливать (изменять или прекращать) обязанность. Ведь чтобы обязанность обладала юридической действительностью, необходимо, чтобы субъект, установивший обязанность, обладал правовой властью, компетенцией её установить. Поэтому именно компетенция, полномочие, правовая власть будет первичной по отношению к обязанности на любом уровне пирамиды норма права. Парадокс состоит в том, что не права редуцируются к обязанностям, а, напротив, обязанности редуцируются к правам - компетенциям.

Необходимо отметить, что взгляды Кельзена по этому вопросу претерпели довольно серьёзную эволюцию на протяжении всей его долгой научной жизни. Исследователи отмечают, что в ранних работах Кельзен больше тяготел ко взгляду Тона о приоритете юридической обязанности, который он даже радикализировал. Ключевым событием в рамках этой эволюции было принятие учения Адольфа Меркля о пирамиде норм права. В последней работе Кельзена – «Общей теории норм» – акцент на понятии компетенции максимален[1]. Проблема ещё в том, что Кельзен редко отмечал эту смену акцента *expressis verbis*.

Особенно интересным образом этот теоретический парадокс проявляется применительно к кельзеновскрму пониманию субъективного права. Гипотетическая норма традиционного вида выглядит следующим образом: «Если А, то суд применяет к субъекту В санкцию С». Ситуация, когда выгодоприобретатель нормы обладает субъективным правом, описывается, сточки зрения Кельзена, следующим образом: «Если А, то суд по инициативе субъекта D применяет к субъекту В санкцию С». Под «А» подразумевается нарушение обязанным лицом, под «субъектом В» – обязанный субъект, под «субъектом D» – управомоченный, носитель субъективного права. В первом случае, даже если обязанный субъект В должен исполнить свою обязанность в пользу субъекта D, последний не вправе инициировать применение санкции к В в случае нарушения В своей обязанности, поэтому D и не может, с точки зрения Кельзена, рассматриваться в качестве носителя субъективного права. Только если возможность инициировать процедуру применения судом санкции к В зависит от усмотрения D, последний может рассматриваться в качестве носителя субъективного права.

В этой схеме существует одна неопределённость, касающаяся юридической природы действий суда по применению санкции. Можно ли утверждать, что суд *обязан* применять санкцию при наличии нарушения обязанности должником? Или применение санкции следует

[1] Paulson S.L. Op. cit.

рассматривать в качестве компетенции, *правовой власти*, принадлежащей суду? Аналогичным образом, *mutatis mutandis,* обстоят дела и с положением носителя субъективного права D. Можно ли сказать, что управомоченный *вправе требовать* от суда применения к неисправному должнику санкции? Или же носитель субъективного права обладает *правовой властью* привести в действие судебный механизм применения санкции к неисправному должнику? Иначе говоря, что первичнее – притязание (обязанность) или правовая власть (право-компетенция)?

На первый взгляд, кажется, что притязание (обязанность) должны обладать приоритетом, поскольку обязанность, как уже многократно отмечалось выше, является у Кельзена основной техникой правового регулирования. Но проблема состоит в том, что применительно к ситуации субъективного права вопрос о том, будет ли обязанность реализована и в каком объёме, зависит от усмотрения (правовой власти) управомоченного (а также правовой власти суда применять санкцию). Таким образом, обязанность *в конечном счёте* зависит от правовой власти (компетенции, секундарного права) управомоченного. Но это означает, что по крайней мере по отношению к ситуациям субъективных прав правовая власть, право-компетенция обладает приоритетом по отношению к обязанности и притязанию. Реализация правовых последствий, т.е. принудительная реализация обязанности (или санкции за её неисполнение), зависит от реализации управомоченным принадлежащей ему свободы усмотрения (правовой власти) инициировать применение судом мер государственного принуждения к неисправному должнику. Иначе говоря, будет ли обязанность реализована и каким образом она будет реализована, зависит от усмотрения управомоченного.

С точки зрения теории частного права, анализ логики норм и правомочий, вытекающий из теории Кельзена, парадоксальным образом указывает на необходимость категории субъективного права, на невозможность его редуцировать к другим категориям, в частности, к объективно-правовой обязанности. Термин «субъективное право» описывает ситуацию, когда инициатива и усмотрение в реализации юридической обязанности принадлежат частному лицу, как правило, выгодоприобретателю соответствующей обязанности. Более того, правовая власть (инициатива и свобода усмотрения в вопросе принудительного исполнения обязанности) является *способом прикрепления права и обязанности.*

Традиционная точка зрения исходит из того, что применительно к правам на чужое поведение коррелятом юридической обязанности является право требовать исполнения этой обязанности (притязание). Однако при более детальном анализе в справедливости этого тезиса возникают определённые сомнения. Основная проблема состоит в том, что сам по себе тот факт, что юридическая обязанность выполняется в пользу конкретного лица, не позволяет отличить субъекта права (притязания) от простого выгодоприобретателя, т.е. лица, в пользу

которого исполняется обязанность. Между тем очевидно, что кредитор и выгодоприобретатель могут не совпадать, как это имеет место применительно к обязательствам, исполнение по которым осуществляется третьему лицу. Для того чтобы квалифицировать позицию выгодоприобретателя, «адресата» обязанности в качестве кредитора, обладателя субъективного права в техническом смысле слова, необходимо, чтобы выгодоприобретатель обладал распорядительными возможностями, правовой властью в отношении юридической обязанности. А это означает, что распоряжаемость представляет собой критерий, который позволяет отличить субъективную правовую возможность от просто нормы объективно права. *Соответственно, теоретической моделью субъективного права является не притязание, а секундарное право.*

Обращает на себя внимание крайне узкая трактовка распоряжения, на которой основывается теоретическая модель субъективного права Ганса Кельзена. Как уже неоднократно указывалось выше, Кельзен редуцирует свободу усмотрения, правовую власть управомоченного в отношении юридической обязанности к возможности распоряжения средством защиты, правом на иск в материально-правовом смысле, возможностью принудительного осуществления обязанности. Это странное, на первый взгляд, решение легко объясняется, если вспомнить то, что юридические обязанности должны по Кельзену непременно обладать способностью к принудительному осуществлению. По этой причине другие типы распорядительных действий, которые непосредственно не связаны с возможностью применения государственного принуждения (санкций), могут рассматриваться в лучшем случае как фрагменты нормы, которые снабжены государственным принуждением. Поэтому, например, предъявление притязания в отношении обязанности, необходимость исполнения которой определяется моментом востребования, не может рассматриваться как проявление правовой власти, поскольку она не снабжена непосредственно принудительной силой. В случае неисполнения должником такой обязанности кредитору, чтобы превратить обязанность в принудительную, необходимо подать иск о её принудительном осуществлении (или применении санкции за её неисполнение). Поэтому правовой властью, распоряжением в собственном смысле слова можно считать лишь свободу усмотрения в инициировании принудительного исполнения обязанности. Соответственно, и субъективное право в техническом смысле будет представлять собой только такую правовую возможность, которая включает указанную свободу усмотрения. Парадокс, связанный с этой позицией, состоит в том, что распорядительные действия, которые не связаны непосредственно с инициированием принудительного исполнения юридической обязанности (секундарные права в собственном смысле), не могут рассматриваться Кельзеном в качестве субъективных прав в техническом смысле слова, несмотря на структурную схожесть и то, что они обладают распорядительным

эффектом (в отношении корреспондирующей обязанности). Иными словами, секундарные права не являются субъективными, несмотря на то, что субъективные права в техническом смысле конструируются по модели секундарных!

Ещё одним дискуссионным моментом теории субъективного права Кельзена является своеобразная трактовка понятий санкции и государственного принуждения. Кельзен исходит из того, что принудительное осуществление юридической обязанности заключается либо в непосредственном («физическом») принуждении обязанного лица к исполнению обязанности (в натуре), либо в возникновении у должника новой дополнительной обязанности (санкции за нарушения «основной» обязанности). Обе эти возможности рассматриваются как равнозначные. Именно это даёт возможность рассматривать, например, уплату штрафной санкции в качестве «принудительного» исполнения основной обязанности. Только таким образом можно сказать, что юридические обязанности, которые не подлежат принудительному исполнению в натуре (например, обязанности совершить действия уникального и строго личного характера), тем не менее снабжены возможностью принудительного осуществления. Эта позиция, естественно, не лишена противоречий. Как трактовать, например, добровольную уплату штрафной санкции? Можно ли считать её принудительной? Если критерием принудительности считать («физическое») принуждение, то добровольная уплата штрафа не может рассматриваться как принудительная. Если же полагать, что критерий принуждения – наличие новой дополнительной обязанности (уплата штрафа вместо исполнения), то возникает трудность в квалификации в качестве принудительной, например, принудительного исполнения в натуре основной обязанности (принудительное изъятие индивидуально-определённой вещи из чужого незаконного владения по виндикационному иску). Следовательно, Кельзену приходится считать принудительным и («физическое») принуждение к исполнению обязанности, и возникновение новой дополнительной обязанности (санкции) за неисполнение основной обязанности. Это решение небесспорно, учитывая то, что оно основывается на отказе различать долг и ответственность. Вместе с тем нельзя сказать, что подобное решение не имело аналогов в цивилистической и теоретической литературе[1].

В итоге Кельзен пришёл к весьма интересной теоретической конструкции, в рамках которой составляющее основу конструкции субъективного права «господство воли» трактуется прежде всего как способность распоряжаться принудительным осуществлением юридической обязанности. При общем сходстве с концепцией Тона Кельзен резче подчёркивает принудительный характер юридических обязанностей и моделирование субъективного права по образцу секундарного права (юридической компетенции). При этом Кельзен отрицал, что право

[1] Siber H. Zur Theorie von Schuld und Haftung nach Reichsrecht // Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts. 1906. Bd. 50. S. 55–276; см.: Братусь С.Н. Юридическая ответственность и законность (Очерк теории). М.: Юридическая литература, 1976.

на защиту является разновидностью секундарных прав, и не считал последние субъективными в техническом смысле. Это создаёт в рамках концепции определённое напряжение. С одной стороны, существо субъективного права видится в распоряжении средством принудительного осуществления права, а само субъективное право рассматривается как делегированная правопорядком правотворческая компетенция. С другой стороны, все иные случаи распоряжения правами (прежде всего, секундарные права как права-компетенции *par excellence*) не рассматриваются как субъективные права, а распоряжение средством защиты ни разу не называется прямо распоряжением.

* * *

1. Основной заслугой Кельзена в области развития учения о субъективном праве стало доказательство им тезиса о том, что субъективное право представляет собой специфическую *частноправовую* технику правового регулирования.

2. Особенность этой специфической техники правового регулирования состроит в том, что инициатива в принудительном осуществлении обязанности ставится правопорядком в зависимость от усмотрения частного лица, как правило, выгодоприобретателя этой обязанности.

3. Соответственно, носителем субъективного права, управомоченным в техническом смысле обладания субъективным правом является не просто выгодоприобретатель (адресат обязанности, лицо, в пользу которого осуществляется исполнение обязанности), а тот, кто обладает возможностью по своему усмотрению распорядиться средством принудительного осуществления (судебной защиты против неисполнения) обязанности, т.е. решить предъявлять иск (в материально-правовом смысле или нет).

4. Таким образом, субъективное право, по мнению Кельзена, представляет собой разновидность делегации правотворческой компетенции частному лицу, когда наступление или ненаступление юридических последствий зависит от воли частного лица (управомоченного субъекта).

5. В итоге критерием наличия или отсутствия субъективного права является возможность контролировать юридическую судьбу обязанности, т.е. распоряжаться ей.

При этом, по мнению Кельзена, контроль над юридической судьбой обязанности необходимо понимать крайне узко, только как возможность распоряжения средством защиты от нарушения обязанности (правом на иск в материально-правовом смысле).

6. Другие распорядительные действия, не связанные с распоряжением средством защиты права, например, секундарные права, не являются, по мнению Кельзена, субъективными правами в техническом смысле слова, поскольку не обеспечиваются государственным

принуждением, а лишь влекут возникновение, изменение или прекращение обязанностей (которые только и обладают способностью к принудительному осуществлению по усмотрению управомоченного).

7. Узкая трактовка распорядительного эффекта, сводящая его исключительно к инициативе в принудительном осуществлении права, мотивируется тем, что, с точки зрения Кельзена, обязанность в юридическом смысле всегда обеспечивается способностью к принудительной реализации. Соответственно, распорядительным в строгом смысле слова может быть лишь действие, обеспечивающее принудительную реализацию юридической обязанности. Действия же, хотя и влекущие возникновение, изменение или прекращение обязанностей, но не предполагающие непосредственно введения в действие государственно-принудительного механизма исполнения обязанности, не могут рассматриваться в качестве проявления правовой власти, контроля над обязанностью, поскольку контроль над обязанностью всегда предполагает возможность её осуществления независимо от воли обязанного лица и с помощью государственного принуждения. В случае же с секундарными правами их реализация не связана с применением государственного принуждения по инициативе управомоченного.

3.3. Осуществление и распоряжение субъективным правом (О. Бухер)

Швейцарский цивилист и теоретик права Ойген Бухер предложил одну из самых интересных и оригинальных теоретических моделей субъективного (частного) права в современной юридической доктрине. К сожалению, эта теория не получила той известности в отечественной цивилистической доктрине, которой она заслуживает. Вероятно, имеет смысл сделать попытку восполнить этот пробел.

Теоретическая модель субъективного частного права, предложенная Бухером, разработана в русле формальных теорий, ориентированных на взгляды Августа Тона и Ганса Кельзена, обладая при этом некоторыми существенными отличиями от них.

Основу понимания Бухером субъективного частного права составляют несколько ключевых тезисов. Прежде всего, Бухер обращает внимание на то, что его модель субъективного права относится к формальным, т.е. таким, которые стремятся обнаружить существо субъективного права в его юридико-технических особенностях, в его *формальном* своеобразии[1]. Другими словами, субъективное право как понятие самостоятельно, поскольку оно представляет собой своеобразную юридическую технику регулирования, отличную от объективного права. При этом Бухер полагает, что субъективное право, будучи автономным от объективного права, всё же производно от последнего. Иными словами, швейцарский цивилист исходит из юридико-позитивистского понимания права.

Объективное право, по мнению Бухера, представляет собой совокупность императивов (обязанностей и запретов), содержанием которых является необходимость определённого поведения со стороны адресата этого императива. Принципиально важным для Бухера является то, что нормы обладают «волевым содержанием» (*Willensinhalte*), т.е. представляют собой некоторые факты, которые нормотворец желает достигнуть[2].

Нормы права могут быть общими или индивидуальными в зависимости от степени конкретизации обязанностей. При этом абстрактная общая норма часто обладает гипотетической структурой (имеет вид: «если А, то В»), а индивидуальные нормы тяготеют к категорической структуре (имеет вид: «А обязан сделать В»). В этом Бухер следует в русле соответствующих взглядов Кельзена, хотя и оговаривается, что значение этой дихотомии не следует переоценивать[3]. Тем не менее именно обладающие категорической «безусловной» структурой индивидуальные нормы, с точки зрения Бухера, создают конкретные обязанности (императивы) для конкретных лиц[4].

---

[1] Bucher E. Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugniss. S. 18, 35–40.
[2] Ibid. S. 44.
[3] Ibid. S. 49–50.
[4] Ibid. S. 49.

Таким образом, для того чтобы соответствовать одновременно всем этим условиям, категория субъективного права должна быть сама нормой права или иметь отношение к нормам. В самом общем виде Ойген Бухер определяет субъективное (частное) право в качестве полномочия создавать нормы (права) (*Normsetzungsbefugnis*)[1]. Иными словами, субъективное право позволяет индивидуальной воле субъекта частного права создавать нормы права для иных лиц. В этом смысле структурно и содержательно субъект частного права, реализующий субъективное частное право, подобен законодателю, который принимает норму права. В таком случае субъективное (частное) право как полномочие создавать нормы производно от воли правопорядка и представляет собой делегацию полномочия (нормотворческой компетенции) от правопорядка в пользу отдельных субъектов частного права.

Таким образом, с одной стороны, Бухер сохраняет классическое пандектистское понимание субъективного права как «господства воли». С другой стороны, он вписывает это понимание феномена субъективного права в рамки юридико-позитивистской нормативной концепции права. Иными словами, субъективное право как формальное понятие должно использовать и описывать теоретически ситуации, в которых наступление или ненаступление правовых последствий (возникновение, изменение и прекращение юридических обязанностей иных субъектов частного права) зависит от воли (усмотрения) управомоченного.

В отличие от Тона и Кельзена, которые в своих концепциях субъективного права обнаружили весьма небольшую сферу существования таких ситуаций, Бухер трактует эти ситуации гораздо шире. У Тона и Кельзена выявлена, по существу, лишь одна ситуация, в которой индивидуальная воля создаёт императив (обязанность) для обязанного лица, и именно эта индивидуальная воля является правопорождающим фактором, не сводится к воле правопорядка. Это случай защиты нарушенного или оспариваемого права путём предъявления иска. Управомоченный самостоятельно решает вопрос о том, следует ли предъявлять иск или нет в случае нарушения его права. Поскольку инициатива защиты права отнесена к сфере исключительного усмотрения (господства воли) управомоченного, то правопорядок не может *ex officio* реагировать на факт нарушения права и защищать его помимо воли самого управомоченного. По этой причине в конечном итоге, есть ли императив (обязанность) или нет, определяет не правопорядок, а управомоченный путём предъявления иска или отказа от его предъявления.

Безусловной заслугой Бухера является то, что он обнаружил целый ряд ситуаций, в которых дело обстоит аналогичным образом, но которые не охватывались ни концепциями Тона, ни Кельзена. Иными словами, Бухер существенно расширил сферу применения категории субъективного (частного) права в его нормативном понимании. Швейцарский правовед обратил

[1] Ibid. S. 56.

внимание, что в огромном большинстве случаев реальное содержание и объём императива (юридической обязанности) определяются в частном праве не нормой права и даже не договором или иной сделкой, а в момент *осуществления* управомоченным своего права[1].

В самом деле, максимальной конкретизации право и обязанность достигают в момент, когда управомоченный предъявляет обязанному требование (притязание) об исполнении обязанности. Дело в том, что управомоченный вправе самостоятельно и суверенно определить, предъявлять ли требование, т.е. осуществлять ли вообще принадлежащее ему право в отношении обязанного. Управомоченный не обязан предъявлять требование об исполнении, но вправе это сделать. Это радикальным образом отличается от положения дел в публичном праве, в рамках которого должностные лица не только вправе, но и обязаны осуществлять принадлежащие им полномочия. Это терминологически фиксируется понятием «компетенции органов и должностных лиц», которое, по существу, означает «право-обязанность» и по этой причине редко используется в теории частного права.

Более того, управомоченный в частном праве не только вправе самостоятельно решить, предъявлять должнику требование об исполнении обязанности или нет, но и предъявить это требование в части, т.е. не в полной сумме исполнения, снизив поэтому объём исполнения по сравнению с нормативным, вытекающим из соответствующего договора. И в этом случае, как в случае отказа от предъявления требования об исполнении обязанности, конечные параметры обязанности (юридического императива) определяются суверенным решением управомоченного. Такое же положение складывается в случае, когда управомоченный откладывает момент предъявления требования по сравнению с нормативным (договорным), поскольку здесь также меняется определённый параметр юридической обязанности и изменение это происходит по усмотрению управомоченного лица. По этой причине «…на основании простого существования субъективного права не возникает правил поведения» (обязанного лица)[2].

Все рассмотренные случаи объединяет одна общая черта – зависимость наступления или ненаступления правовых последствий от усмотрения частного лица, воли управомоченного субъекта. Правило поведения (обязанность) возникает (полностью конкретизируется) в момент осуществления права требовать исполнения или обращения за защитой права. Соответственно, возникает потребность в особом термине и в особой юридической конструкции, которая бы зафиксировала эту особенность частного права. Именно эту функцию и выполняет понятие «субъективное (частное) право».

Соответственно, в духе указанных соображений трактуется и понятие юридической

[1] Bucher E. Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugniss. S. 57.
[2] Ibid. S. 58.

обязанности (императива), и характер юридической связи между управомоченным и обязанными лицами. Субъективное (частное) право само не представляет собой норму права, а является полномочием создавать нормы права. Поэтому коррелятом субъективного права является область *потенциальных* обязанностей (*Pflichtbereich*)[1]. Потенциальными обязанности являются потому, что они требуют дополнительной конкретизации в процессе осуществления управомоченным принадлежащего ему права.

Допустим, что между кредитором и должником заключён договор. Право кредитора в терминологии Бухера представляет собой субъективное право требовать от должника исполнения обязательства. Это субъективное право технически представляет собой полномочие создавать для должника норму, т.е. определять параметры его юридической обязанности (требовать исполнения в любом объёме в пределах общей суммы исполнения, определять момент предъявления требования, вообще воздержаться от предъявления требования). Соответственно, поскольку окончательный вид и объём обязанности определяются только на стадии требования об исполнении, до этого момента содержание обязанности должника не достаточно конкретизировано и поэтому носит потенциальный характер. *Актуальной* обязанность становится, по мнению Бухера, только после предъявления кредитором должнику конкретного требования об исполнении. Это требование Бухер именует предъявлением притязания, а его содержание (т.е. требование, определяющее конкретные и точные параметры юридической обязанности должника) – притязанием[2].

Таким образом, субъективному праву как полномочию создавать нормы противостоит потенциальная обязанность, а притязанию как индивидуальной норме, определяющей точные параметры исполнения, противостоит актуальная обязанность. Потенциальная и актуальная обязанности отличаются друг от друга степенью конкретизации их содержания. На активной стороне этой правовой связи, соответственно, получает определённость различие между понятиями субъективного (частного) права как возможности предъявить притязание (требование) об исполнении обязанности и самим притязанием как нормой, определяющей содержание обязанности в окончательном виде.

Отсюда вытекает и ещё одно существенное для понимания концепции Бухера обстоятельство, а именно его критическое отношение к редукции субъективного права к юридической обязанности. Эта тенденция имеет место в рамках концепций Тона и Кельзена, особенно последнего. У Кельзена право требования (притязание) противостоит юридической обязанности не потенциальной, а актуальной. Вслед за господствующим в пандектистике взглядом Кельзен полагал, что юридическая обязанность приобретает чёткий и актуальный

[1] Ibid. S. 62.
[2] Ibidem.

характер уже на стадии юридического факта (т.е. в нашем примере – после заключения договора между кредитором и должником), а не на стадии осуществления притязания (требования об исполнении обязанности). Стадии осуществления права Кельзен вообще не придавал значения. Соответственно, в таком случае в связке право / обязанность именно обязанность приобретала ключевой характер.

В самом деле, если договор, а не притязание (требование об исполнении обязанности) определяют основные параметры обязанности), то роль кредитора в так понимаемом правоотношении сводится лишь к принятию исполнения от должника. Вся основная деятельность производится должником и зависит от его активности. Кредитор остаётся лишь пассивным реципиентом, «получателем». Но если это так, то не имеет ли смысл субъективное право кредитора описывать как рефлекс обязанности? Ведь кредитор имеет право ровно на то, что обязан сделать должник, и ни на что больше.

Заслуга Ойгена Бухера состоит в том, что он продемонстрировал логическую несводимость субъективного (частного) права к юридической обязанности, обнаружил сферу активности управомоченного, которая не может быть редуцирована к поведению обязанного лица, а представляет собой самостоятельные правовые возможности управомоченного.

Чрезвычайно убедительным выглядит и то, каким образом швейцарский цивилист зафиксировал соотношение между понятиями «субъективное право» и «притязание». Эти понятия плохо различались, и их соотношение вызывало и продолжает вызывать полемику. С точки зрения концепции Бухера, субъективное право представляет собой полномочие установить норму права для должника путём предъявления требования (притязания). Притязание же является требованием определённого содержания, которое предъявляется и которое определяет параметры юридической обязанности, переводя её из режима потенциальной в режим актуальной[1].

Эта понятийная схема даёт ключ и к пониманию ещё одного вопроса, который вызывает постоянные дискуссии. Речь идёт об отличиях юридической обязанности в объективно-правовом и субъективно-правовом смыслах. Как мы уже имели возможность убедиться, в рамках теории Кельзена и большинства других концепций эти понятия если не отождествляются, то плохо различимы друг от друга. И действительно, если право требования не обладает самостоятельным содержанием помимо того, что обязан сделать должник, то право можно свести к обязанности, и неясно, в чем же, собственно, состоит субъективный характер юридической обязанности? Только в том, что её адресатом является кредитор?

Обнаружив собственное содержание права требования (притязания), которое не сводимо к обязанности, Бухер одновременно решил и проблему критерия субъективного характера

[1] Bucher E. Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugniss. S. 67.

юридической обязанности. Обязанность носит субъективный характер тогда, когдаеё ключевые параметры определяются волей и усмотрением кредитора, а не нормой права или даже юридическим фактом. Поэтому уже возможность (полномочие) определять параметры обязанности должника делает эту обязанность (потенциальную) субъективной, а не объективной. Соответственно, там, где управомоченный не обладает возможностью по своему усмотрению осуществлять (или не осуществлять) притязание, обязанность является объективно-правовой. Это имеет место в публичном праве, где общая норма права и юридический факт, а не усмотрение выгодоприобретателя нормы, определяют содержание и ключевые параметры юридической обязанности.

Притязание как содержание предъявленного требования является индивидуальной нормой права, т.е. нормой права, создающей обязанности у конкретного лица, юридическим императивом, обращённым к конкретному субъекту, а не к категории лиц, как это имеет место в случае с общей нормой права.

Вместе с тем, отметив несомненные достоинства концепции Бухера, целесообразно указать, что они имеют свою цену, которую пришлось заплатить за простоту, ясность и когерентность. Речь идёт о том, что рассматриваемая логика предполагает сведение понятия субъективного права исключительно к праву на *чужое* поведение. Иными словами, и права- дозволения (права на собственное поведение фактического характера), и секундарные (преобразовательные) права не относятся к субъективным правам в техническом смысле слова. В этом отношении понимание Бухера развивается в русле концепций Тона и Кельзена.

Из этого вытекает ещё одна крайне интересная особенность концепции Ойгена Бухера. Речь идёт о специфической трактовке того типа субъективных (частных) прав, который традиционно в германской цивилистике именуется правами господства (*Herschaftsrechte*) и обычно трактуются как дозволения, предоставляющие управомоченному возможности для собственного поведения фактического (т.е. не посредством совершения сделок) характера. Самый очевидный пример прав господства – право собственности. Право собственности также теоретически можно редуцировать к совокупности притязаний,требований управомоченного ко всем иным лицам не нарушать его право. Это, по существу, и сделал Ганс Кельзен и его сторонники[1]. Однако у Кельзена субъективный характер права собственности проявлялся в том, что управомоченный обладал усмотрением в вопросе, предъявлять ли иск против нарушителя в случае нарушения права собственности или нет, защищать ли себя от нарушения обязанности иным лицом. Без этой свободы усмотрения право собственности свелось бы к объективно-правовому запрету.

[1] Kelsen H. Reine Rechtslehre: Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit (Studienausgabe der 2. Auflage 1960); Eicher J. Op. cit.

У Бухера, как мы видели, иная концепция того, что делает объективно-правовую обязанность (в случае права собственности – запрет) субъективно-правовым. Притязание включает отнюдь не только эвентуальную возможность предъявить иск в случае нарушения. Напротив, притязание представляет собой требование к обязанному лицу, в котором только и формулируется конкретная и окончательно определённая норма поведения обязанного лица. Но если в рамках обязательственного права такая модель работает очень хорошо – там действительно обязанности конкретизирующая нередко именно в акте требования, то применительно к абсолютным правам картина может выглядеть несколько сложнее.

Прежде всего, содержание абсолютных прав определяется общей нормой права, а даже не договором. Содержание права собственности, например, нельзя изменить соглашением сторон. Это связано с тем, что право собственности создаёт обязанности для неопределённого круга лиц, которые должны обладать информацией относительно содержания своих негативных обязанностей, должны знать, что они обязаны не нарушать. Для этого необходимо, чтобы содержание права собственности, как и остальных абсолютных прав, имело стандартный характер, чтобы любой, кто сталкивается с чужим правом собственности, автоматически понимал, к какому поведению применительно к чужому абсолютному праву он, собственно, обязан[1]. В этом видят смысл принципа *numerus clausus* вещного права.

Сам по себе факт того, что содержание абсолютных прав должно быть чётко определено общей нормой права, ещё не является фатальным для концепции Бухера, поскольку даже абсолютные права можно просто отказаться осуществлять, например, отказаться предъявлять виндикационный или негаторный иск против нарушителя права собственности. В таком случае окончательно вопрос о том, будет ли нарушитель исполнять обязанность или нет (а следовательно, вопрос о содержании и параметрах самой этой обязанности), зависит от усмотрения и воли управомоченного. Проблема состоит в том, что, как правило, собственник и другие абсолютно-управомоченные субъекты никаких конкретных требований (помимо иска в случае нарушения) к обязанным лицам не предъявляют, а обязанности воздержания всё равно существуют в том виде, в котором их сформулировали закон, общая и норма права абстрактного характера.

Для решения этой проблемы Бухер формулирует тезис, согласно которому применительно к абсолютным правам существует *презумпция,* что абсолютно- управомоченный всегда по умолчанию требует от обязанных лиц воздерживаться от нарушения его абсолютного права[2]. Иными словами, существует презумпция того, что абсолютно-управомоченный заявил

[1] Merrill Th.W., Smith H.E. Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clausus Principle // Yale Law Journal. 2001. Vol. 110. No. 1. P. 1–70.
[2] *Bucher E.* Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugniss. S. 68.

притязание ко всем иным лицам[1]. Соответственно, отличием от относительных прав является то, что в них притязание (требование) об исполнении обязанности должно быть фактически заявлено управомоченным и именно в этом акте предъявления требования обязанность должника приобретает окончательную форму. В случае же абсолютных прав обязанность воздерживаться от нарушений активируется не общей нормой права, а в силу того, что управомоченный *предполагается* обратившимся к иным лицам с требованием воздерживаться от нарушения его абсолютного права.

Эта конструкция выглядит странной, только если не принимать во внимание общую характеристику Бухером осуществления права (что в его системе координат равнозначно предъявлению требования) в качестве *состояния*, а не в качестве *акта*[2]. Это позволяет, в частности, уменьшить контраст между характером осуществления абсолютных и относительных прав. В самом деле, если полагать, что предъявление требования представляет собой состояние, то требования к форме его выражения вовне должны быть менее строгими, чем это имело бы место в случае с юридическими актами, прежде всего сделками. Состояние в смысле определённого складывающегося во времени положения вещей представляет собой явление фактического характера, длящийся процесс, требования к внешней форме выражения которого не являются столь же строгими, как это характерно для юридически значимых актов. Состояние должно быть распознаваемо для третьих лиц, это, собственно, всё, что требуется. Некоторые состояния принимаются по умолчанию как типичные. По этой причине состояние может вполне основываться на некоторой презумпции, что и имеет место, по мнению Бухера, применительно к абсолютным правам. Бухер полагает, что в отношении осуществления требований (притязаний) важен не столько момент, в который требование заявлено, сколько распознаваемость состояния осуществления права путём заявления требования для обязанных лиц[3].

Отсюда выводится специфическое понимание Бухером права собственности и вообще всех абсолютных прав. Они представляют собой полномочие предъявлять притязание к обязанным лицам о воздержании от нарушений права. Эта возможность притязания предполагается выраженной по умолчанию. Иными словами, право собственности, например, отождествляется с абсолютными правоотношением, как это имеет место у Кельзена и его последователей. Однако субъективация обязанности (т.е. ответ на вопрос, почему абсолютно-правовая обязанность третьих лиц воздерживаться от нарушения права собственности не может быть просто сведена к объективно-правовому запрету) достигается не через связь с правом собственника на иск в случае нарушения, а с помощью презумпции предъявления

[1] Ibid. S. 69.
[2] Ibid. S. 73.
[3] Ibidem.

собственником требования ко всем иным лицам не нарушать его право *независимо от того, имело ли нарушение место в действительности или нет*. При этом так же, как и у Кельзена, право собственности лишено собственно позитивного содержания, поскольку дозволение, право на собственное поведение в отношении объекта права собственности, возникает у управомоченного как фактическое следствие запрета всем другим и отсутствия запрета собственнику.

Важной особенностью осуществления прав Бухер считает то, что они не относятся к категории юридических сделок[1]. Сделки представляют собой юридические акты, а осуществление субъективных прав рассматривается как состояние, длящееся положение дел[2]. Соответственно, юридическая сделка в большинстве случаев является дискретным фактом, однократным действием, между тем как осуществление права развивается во времени и является не дискретным, а продолжающимся. Даже если юридическая сделка совершается посредством конклюдентгых действий, она всё равно трактуется в качестве дискретного акта, а не длящегося состояния. Из этого следует ещё и то, что юридические сделки носят, как правило, безотзывный характер: однажды совершённая сделка не может быть «отменена» по воле свершившего её субъекта по общему правилу. Состояние осуществления права (путём предъявления притязания) как явление фактического характера может прекращаться и возобновляться по воле управомоченного. Характерно, что согласие управомоченного на вторжение в сферу его абсолютного права также трактуется не как односторонний акт управомоченного (сделка), а как состояние, опровержение презумпции предъявления притязания не нарушать абсолютное право, которое может быть изменено управомоченным в любой момент[3].

Ещё одним важным разграничением, которое вводит Бухер, является противопоставление осуществления и распоряжения субъективными (частными) правами. Осуществление субъективного (частного) права в соответствии с этой теоретической схемой представляет собой активность управомоченного в рамках существующего субъективного права, в то время как распоряжение правами предполагает изменение прав и обязанностей, их возникновение или прекращение либо перемену субъекта права[4]. В качестве типичных примеров распорядительных действий Бухер называет прощение долга, отсрочку и рассрочку платежа, цессию права требования[5]. Распорядительные действия представляют собой сделки, а осуществление права – состояния. Распорядительные действия изменяют субстрат (содержание,

[1] Ibid. S. 74.
[2] Bucher E. Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugniss. S. 75.
[3] Ibid. S. 76.
[4] Ibid. S. 76.
[5] Ibidem.

объём, субъекта) субъективного права, а осуществление права уточняют объём и параметры юридической обязанности. Объектом распоряжения является само субъективное право, а объектом осуществления права – притязание[1].

Из этого разграничения, помимо всего прочего, следует то, что отказ от субъективного права и отказ от предъявления требования (притязания) следует, по мнению Бухера, строго различать. Отказ от субъективного права, например, прощение долга, является окончательным, совершаемым одномоментно и в форме юридической сделки. Результатом отказа от субъективного права является окончательное изменение прав и обязанностей. Отказ от осуществления права (предъявления притязания) никогда не является окончательным в том смысле, что это не может быть изменено самим управомоченным. По существу, отказ от осуществления права представляет собой просто неосуществление права, состояние, которое в любой момент времени может быть изменено на противоположное.

Всё это позволяет Бухеру сделать крайне интересный вывод, внеся ясность в одну очень старую проблему, которую пытались решить целые поколения цивилистов. С точки зрения Бухера, распоряжаемость в узком смысле слова, как возможность передавать право, не является существенной характеристикой субъективного (частного) права[2]. Существенным, по существу *конститутивным* признаком субъективного (частного) права является свобода его осуществления со стороны управомоченного субъекта.

Эта проблема имела особое значение применительно к личным (неимущественным) правам, которые влиятельная часть цивилистов отказывалась признавать субъективными правами именно вследствие их нераспоряжаемого характера. Если же применить к этой категории дихотономию «распоряжение правом / осуществление права» в том смысле, который ему придаёт Бухер, то проблема оказывается решённой. Личные права также могут не быть осуществлёнными по усмотрению управомоченного, как и любые другие субъективные (частные) права. Отсутствие возможности распоряжаться личным неимущественный благом, которое выступает объектом такого права, не влечёт невозможности рассматривать личное право в качестве субъективного (частного) права, если строго придерживаться разграничения между распоряжением правом и его осуществлением[3]. В то же время отказ от осуществления личного неимущественного права, например, в форме отказа от предъявления притязания в случае нарушения личного права, вполне допустим и не является формой распоряжения правом (отказом от субъективного права)[4]. При этом управомоченное лицо может изменить свою позицию и предъявить соответствующее притязание впоследствии.

---

[1] Ibidem.
[2] Ibid. S. 78.
[3] Bucher E. Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugniss. S. 78.
[4] Ibidem.

Обязанное же лицо не вправе ссылаться на то, что управомоченный отказался от предъявления притязания как на основании освобождения его от обязанности, если впоследствии управомоченный всё же предъявил притязание. Бухер удачно приводит аналогию между отказом от предъявления притязания и римским институтом precarium, представляющим собой предоставление владения и пользования чужой вещью, которое в любой момент могло быть прекращено собственником по его усмотрению[1].

Предъявление иска в случае нарушения субъективного (частного) права также рассматривается Бухером под углом зрения осуществления права. Нарушение, по мнению швейцарского цивилиста, имеет место относительно конкретного притязания, а не субъективного права вообще[2]. Исключение составляют иски о признании, объектом которых является соответствующее субъективное право, а не конкретное притязание, вытекающее из него[3]. В трактовке защиты права как формы его осуществления по усмотрению управомоченного Бухер солидаризируется с аналогичной точкой зрения Тона и Кельзена. Отличие же заключается в том, что у Тона и Кельзена предъявление иска было единственной формой «господства воли» управомоченного, которая и порождала превращение объективно-правового предписания в субъективное право. В рамках же концепции Бухера понятие осуществления права (предъявления притязания) гораздо шире и включает не только последствия нарушения права.

Понимание Бухером субъективного (частного) права как полномочия создавать нормы права, как следствие делегации компетенции правопорядком закономерно ставит вопрос о том, как соотносится феномен субъективного (частного) права с другими проявлениями делегации компетенции в частном праве. Прежде всего, речь идёт об автономии воли и его наиболее ярком проявлении – свободе совершения сделок и свободе договора. Действительно, ведь полномочия (правоспособность) совершать сделки также представляет собой следствие предоставления правопорядком частным лицам соответствующей возможности, т.е., если пользоваться публично-правовым термином, делегации нормотворческой компетенции. Являются ли явления осуществления права, с одной стороны, и сделкоспособности, как проявления автономии воли, с другой стороны, явлениями однопорядковыми?

Бухер полагает, что, несмотря на наличие значительных сходств в структуре сравниваемых феноменов, между ними существуют принципиальные различия, что не даёт возможности объединить их в рамках единой категории. Основное различие между автономией воли и осуществлением субъективных (частных) прав Бухер видит в том, что в первом случае нормы

[1] Ibid. S. 80.
[2] Ibid. S. 81.
[3] Ibid. S. 82.

создаются субъектами частного права *автономно*, а во втором случае *–гетерономно*[1].

Так, реализуя принцип свободы договора, стороны создают индивидуальную норму для регулирования взаимных отношений. В этом смысле права и обязанности, вытекающие из заключённого договора, являются проявлением автономии в её собственном смысле, т.е. *самообязывания*. Автономия в её первоначальном смысле означает способность самостоятельно создавать нормы *для себя*[2]. В отличие от этого, осуществление частных прав в форме предъявления требования (притязания), по мнению Бухера, носит не автономный, а гетерономный характер. Дело в том, что предъявление притязания создаёт норму не для управомоченного, а для иного лица, которое становится обязанным.

Реализация принципа автономии воли и свободы договора путём заключения сделки сама по себе не создаёт норм в смысле теории Бухера. Нормы создаются управомоченным по соответствующему договору тогда, когда он заявляет обязанному лицу требование об исполнении, вытекающее из этого договора. Таким образом, полагает Бухер, автономия воли также имеет две стадии реализации. На первой стадии, имеющей автономный характер, заключается соответствующий договор, который создаёт у кредитора полномочие предъявлять к должнику требование определённого содержания. На этой стадии права и обязанности сторон не в достаточной степени конкретизированы, поскольку именно кредитор должен принять решение, будет ли он предъявлять требование об исполнении, в какой момент или в каком объёме (в пределах общего объема, предусмотренного договором) это требование будет предъявлено. На втором этапе, который носит гетерономный характер, кредитор заявляет требования, определив его параметры, и обязанность приобретает окончательный конкретный вид[3]. Кроме того, как уже неоднократно отмечалось выше, принцип свободы договора реализуется путём заключения сделок, в то время как осуществление частных прав не носит, по мнению Бухера, сделочного характера. Общий вывод Бухера в этом отношении состоит в том, что при помощи сделок невозможно создать для субъектов частного права полноценных и в достаточной степени конкретизированных обязанностей, для этого требуется их окончательная конкретизация в акте предъявленияпритязания[4].

Такая постановка вопроса противоречит довольно широко распространённому в доктрине частного права мнению, согласно которому секундарные (преобразовательные) права также составляют полноценный вид субъективных (частных) прав[5]. Дело в том, что секундарные права реализуются исключительно с помощью совершения сделок[6]. Вследствие этого Бухер

---

[1] Ibid. S. 87.
[2] Meder S. Ius non scriptum – Traditionen privater Rechtsetzung. 2. Aufl. Tübingen: Mohr Siebeck, 2009.
[3] Bucher E. Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugniss. S. 88.
[4] Ibidem.
[5] Зеккель Э. Секундарные права в гражданском праве // Вестник гражданского права. 2007. Т. 7. № 2. С. 205–252.
[6] Третьяков С.В. Формирование концепции секундарных прав в германской цивилистической доктрине (К

отрицает за феноменом секундарных (преобразовательных) прав качество субъективного права в техническом смысле слова. С юридико-технической точки зрения субъективное (частное) право у Бухера – это всегда право типа притязания, т.е. право на чужое поведение, в то время как секундарное право по определению представляет собой право на собственное поведение управомоченного, реализуемое посредством совершения односторонних сделок.

Секундарному праву противостоит не обязанность, а связанность пассивного субъекта, поскольку юридически последний не может помешать его реализации управомоченным при помощи односторонней сделки. В отличие от этого, притязанию противостоит юридическая обязанность пассивного субъекта правоотношения. И эта обязанность может быть нарушена должником. Реализуясь, секундарное право приводит к возникновению, изменению или прекращению у пассивного субъекта юридических обязанностей, но не в достаточной степени конкретизированных, окончательный вид соответствующая обязанность приобретает после предъявления кредитором требования об исполнении.

Несмотря на то что у притязаний и секундарных прав существует общая черта, а именно тот факт, что и то и другое представляют собой «господство воли», предоставляют управомоченному лицу свободу усмотрения, Бухер отказывается объединять их в рамках родового понятия. Господствующее мнение, идущее от Савиньи и Виндшайда, напротив, рассматривает секундарные права как вид субъективных (частных) прав, обладающих общимсо всеми другими категориями субъективных частных прав свойством – «господством воли» управомоченного[1]. Бухер не может занять аналогичную позицию, поскольку, по его мнению, субъективные права существуют исключительно как возможности заявить требование, т.е. существуют лишь субъективные (частные) права в форме притязания. Что же касается секундарных прав, то они представляет собой феномен *sui generis*. В этом смысле концепция Бухера идёт в русле теорий Тона и Кельзена, которые также отказывали секундарному праву в статусе субъективного (частного) права в техническом смысле слова[2]. Для обозначения субъективных прав в техническом смысле Бухер своеобразно использует термин «права господства» (*Herschaftsrechte*), под которыми он понимает все случаи, когда управомоченный в состоянии своим односторонним актом создать обязанность для иного лица[3]. Правам господства и противополагаются секундарные права.

Эта терминология несколько противоречит устоявшейся в германской цивилистике трёхчленной формуле: права господства / притязания / секундарные права, которая резюмирует

публикации русского перевода работы Э. Зеккеля «Секундарные права в гражданском праве») // Вестник гражданского права. 2007. Т. 7. № 2. С. 253–270.

[1] Windscheid B. Lehrbuch des Pandektenrecht. 9. Aufl. Leipzig, 1906. Bd. 1. S. 155–156.

[2] Thon A. Op. cit. S. 326.

[3] Bucher E. Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugniss. S. 90.

три типа субъективных частных прав. Бухер объединяет права господства и притязания в одну категорию, потому что в рамках его концепции притязания представляют собой единственный тип субъективного права. Традиционная же точка зрения исходит из того, что права господства касаются господства над объектами, индивидуально определёнными вещами, а по своей структуре соединяют дозволения (право на собственное поведение управомоченного) с обязанностью всех иных лиц воздерживаться от нарушения права. Притязания же традиционная точка зрения рассматривает в качестве права на чужое поведение. Если моделью права господства выступает право собственности и иные вещные права, то моделью притязания в рамках господствующего мнения является обязательственноеправоотношение.

Такова в общих чертах концепция субъективного права швейцарского цивилиста Ойгена Бухера. На мой взгляд, рассматриваемая теоретическая модель представляет собой одно из наиболее значительных достижений континентальной цивилистической мысли XX столетия. Поэтому уместным представляется перейти к подробному анализу её достоинств и проблем.

Важным достижением Бухера было то, что ему удалось встроить своё понимание субъективного частного права в рамки юридического позитивизма. Теоретическая фигура субъективного права старше юридического позитивизма и формировалась тогда, когда национальные правопорядки или не существовали вообще, или не обладали ещё монополиейна правотворчество и правоприменение. В тех условиях задача категории субъективного права заключалась как раз в её системообразующей роли: если правопорядок невозможно описать через понятие норм, выражающих «государственную волю», как это стало характерно в условиях господства юридического позитивизма, или трансцендентной воли, как это было характерно для средневековья, то остаётся только описать все структуры частного права через понятие воли индивидов. Вот здесь и находилась функция категории субъективного права.

Ситуация изменилась после национализации государствами правовых систем и формирования национальных правопорядков в «вестфальском» смысле слова. На этом этапе развития государственная воля стала исключительным источником норм права. Соответсвенно, встал вопрос, как соединить этот свойственный особенно ранним версиям юридического позитивизма «государственный волюнтаризм» с тем фактом, что в частном праве именно фигура субъективного права как господства индивидуальной воли в определённой сфере является системообразующей. Именно из этого парадокса родились все нигилистические теории, отрицавшие ценность категории субъективного права в условиях господства государств в правовых вопросах, от Рудольфа Йеринга до Карла Шмитта.

Заслуга формальных теорий Тона, Кельзена и особенно Бухера состоит как раз в том, что они продемонстрировали, как категория субъективного (частного) права способна существовать в условиях правовых систем, находящихся под тотальным контролем национальных государств.

Другими словами, было убедительно продемонстрировано, что категория субъективного права совместима с юридическим позитивизмом и обладает чётким функционалом в рамках национальных правовых систем, даже этатизированных сверх меры.

Бухер показал, что субъективное (частное) право *представляет собой особый приём юридической техники,* для которого характерна делегация частным лицам со стороны правопорядка отдельных элементов нормотворческих полномочий. Другими словами, индивидуальная воля субъекта частного права действительно становится самостоятельным правопорождающим фактором, но в силу воли правопорядка. Поэтому юридико-позитивистский государственный правовой волюнтаризм оказывается совместимым с естественно-правовым по генезису волюнтаризмом индивидуальным, находящим своё выражение в конструкции субъективного права.

Как уже указывалось выше, в рассматриваемом отношении Бухер идёт в русле концепций своих выдающихся предшественников Августа Тона и Ганса Кельзена. Однако концепция субъективного права Бухера, на мой взгляд, обладает существенными преимуществами по сравнению с предшественниками. У Бухера проявления господства индивидуальной воли не сводятся исключительно к возможности предъявить иск в материально-правовом смысле в случае нарушения права. Область господства воли намного шире и касается не только нарушенной паралогической фазы развития соответствующего правоотношения, но и его обычной регулятивной стадии. Это в большей степени соответствует традиционному в цивилистике пониманию субъективного права в первую очередь как права, обращённого к должнику и только во вторую как права на защиту. Так вот Бухеру удалось вычленить и теоретически корректно описать это «автономное» измерение категории субъективного частного права.

При этом Бухер использовал довольно точный формальный язык описания, совместимый с самыми скупыми минималистическими системами юридического позитивизма. Субъективное право – это не просто «господство воли», «дозволенность воли». Субъективное право – это полномочие создавать нормы, нормотворческая компетенция в пользу частных лиц. Такое понимание субъективного права полностью совместимо и с реальностью государственных правовых систем XIX и XX вв., и с теорией делегации нормотворческой компетенции, являющейся теоретическим выражением этой реальности. Бухер обнаруживал и артикулировал эмпирические феномены, которые составляют основу нормотворческой компетенции частных лиц (понятие притязания), и дал им корректноеформальное теоретическое описание.

Второй момент, на который необходимо обратить внимание в связи с оценкой достоинств концепции Бухера, заключается в универсализме его концепции субъективного частного права. Речь идёт о том, что концепция описывает всю предметную область при помощи одного

понятия – права на чужое поведение (притязание). Субъективное право по Бухеру представляет собой предъявление требования (притязания), реализацию права на чужое поведение. Достоинствами такого рода концептуализации являются простота и универсальность.

Как убедительно продемонстрировал Карл Поппер, наибольшей научной ценностью обладают те научные объяснительные гипотезы, которые обладают более общим характером. Например, гипотеза вида «Все X есть A» обладает большей эпистемической ценностью, нежели гипотеза вида «Некоторые X есть A», поскольку в первой гипотезе содержится больше информации и её легче опровергнуть[1]. Опровергнуть первую гипотезу у общего суждения легче потому, что легче найти случаи, которые ему противоречат, чем у частного суждения. По этой причине, полагает Поппер, следует стремиться к формулированию научных гипотез в форме общих суждений, и именно они обладают большей научностью.

Теория Бухера как нельзя лучше соответствует этому попперианскому критерию научности. Понятие субъективного (частного) права описывается через общее суждение, при этом в достаточной степени обладающее простотой общее сужение, в соответствии с которым все субъективные (частные) права представляют собой права на чужое поведение, притязания или права требования.

Однако дело не столько в том, что Бухер редуцировал субъективное право к притязанию. Подобные теоретические редукции встречались и до концепции Бухера, и после неё. Всё дело в том, что Бухеру впервые удалось теоретически корректно совместить редукцию субъективного права к притязанию с признанием автономии и инициативы самого управомоченного, «господства» его воли как важнейшего элемента категории субъективного (частного) права. Это третий момент, касающийся достоинств теории Бухера.

В самом деле, до концепции Бухера концепции субъективного права как господства воли управомоченного существовали отдельно от формальных теорий, сводивших субъективное право к притязанию. В известной мере можно или одно, или другое, но нельзя одновременно полагать, что право регулирует исключительно чужое поведение, и утверждать, что субъективное право представляет собой господство воли управомоченного.

Даже Кельзен, который достаточно близко подошёл к интеграции одного с другим, не избежал колебаний по этому поводу. Бухеру же удалось впервые продемонстрировать, что одно полностью и формально совместимо с другим.

Четвёртый момент, на который хотелось бы обратить внимание, касается трактовки Бухером самого понятия притязания. Бухеру, по существу, впервые удалось не только интегрировать понятие притязания в рамки общего понятия субъективного частного права, но и доказать самостоятельность и функциональность понятия притязания. Дело в том, что понятие

[1] Поппер К. Логика научного исследования. М.: Республика, 2004. С. 71.

«притязание» на протяжении всей своей истории вызывало сомнения и подозрения в избыточности. Автору этого теоретического конструкта Виндшайду не удалось в полной мере, как представляется, доказать его отличие от понятия субъективного права. Виндшайд «перевёл» римское понятие actio как современное понятие притязания. Там, где в римском праве была возможность предъявить actio при нарушении права, в современном праве возникло право требовать от должника определённого поведения не только на нарушенной, но и на донарушенной стадии развития соответствующего правоотношения. Такая трактовка вызвала проблемы, например, применительно к вещным правам, прежде всего – к праву собственности. Если сводить право собственности к притязанию, то необходимо признать, что притязание может быть обращено к неопределённому кругу лиц (право требовать от всех иных лиц воздерживаться от нарушений права собственности), что делает притязание неотличимым от объективно-правового запрета нарушать чужое право собственности[1]. Неясно, почему в данном случае приходится говорить о субъективно-правовом притязании, а не просто о наличии объективно-правового запрета в пользу собственности. Тогда одно из двух: или право собственности не исчерпывается притязанием (например, включает правомочия собственника на собственное поведение), либо право собственности не является субъективным правом, а представляет собой объективно-правовой запрет в пользу определённого лица (собственника, выгодоприобретателя запрета). И то, и другое неприемлемо для сторонников теории притязания в виндшайдовском смысле.

Именно по этой причине Август Тон «сократил» понятие притязания до понятия эвентуального иска (права на защиту в материально-правовом смысле). Только на нарушенной стадии у абсолютного запрета появляется конкретный адресат, «должник», нарушивший абсолютно-правовой запрет. Только в этом случае понятие «притязание» обладает собственной функциональностью и не может быть редуцировано ни к субъективному, ни к объективному праву.

Своеобразие концепции притязания Бухера как раз и состоит в том, что ему опять-таки удалось соединить в рамках непротиворечивого синтеза то, что до него считалось несоединимым. Понятие «притязание» им используется в виндшайдовском смысле, т.е. как требование управомоченного к обязанному, существующее в том числе и на донарушенной стадии развития правоотношения. При этом такое понятие притязания обладает несомненным субъективно-правовым содержанием, не сводимо целиком к субъективному праву, но и не сводимо и к объективно-правовому запрету «против всех».

Субъективное частное право Бухер не отождествляет прямо с притязанием, а трактует его как *возможность предъявить притязание*. Таким образом, притязание основывается на

[1] Fezer K.-H. Op. cit. S. 219.

субъективном праве, но не сводится полностью к нему, приобретая самостоятельный смысл. Его смысл состоит в том, что предъявление требования зависит от усмотрения управомоченного и создаёт для обязанного индивидуальную норму права. То, что создание нормы зависит от усмотрения управомоченного, свидетельствует о субъективно-правовом характере притязания, т.е. отличает притязание (в том числе и вытекающее из абсолютного права) от объективно-правовой обязанности или запрета. В нашем примере с правом собственности по Бухеру ситуация будет выглядеть следующим образом. Притязание собственника ко всем иным лицам существует и до факта нарушения конкретным лицом запрета нарушать право собственности, как в конструкции Виндшайда. Но при этом притязание не растворяется в абсолютно-правовом запрете, поскольку для реализации запрета требуется активность самого управомоченного, предъявление требования не нарушать право собственности (ведь собственник может и не предъявлять требование, тогда запрет не будет реализован). А это, в свою очередь, чётко отличает притязание собственника от положения пассивного выгодоприобретателя объективно-правового запрета.

Вышесказанное позволяет выделить пятое важнейшее достоинство концепции Ойгена Бухера, которое заключается в том, что удалось в рамках непротиворечивой конструкции объединить представление о том, что субъективное право всегда представляет собой правомочие на *чужое* поведение с традиционным «зашитом» в самом понятии субъективного права ещё со времён естественно-правовой теории представлении о субъективном праве как в первую очередь активности самого управомоченного. В соответствии с конструкцией Бухера субъективное право – это возможность предъявлять притязание, создавать индивидуальную норму для обязанного лица. Право – это право на чужое поведение, но активируется норма (право на чужое поведение) исключительно активностью управомоченного. Это простое и изящное решение, достойное лучших образцов мировой юридической мысли.

Наконец, шестое важнейшее достоинство концепции Бухера состоит в том, что он внёс значительную ясность в сложнейший и вызывающий постоянные споры вопрос о соотношении осуществления и распоряжения субъективными частными правами. Является ли, например, отказ от осуществления права формой отказа от права? Ведь по правовым последствиям (должник может не исполнять обязанность) они в целом ряде случаев не отличаются друг от друга. Или, допустим, в случае ареста имущества, блокируются сами правомочия собственника или их осуществление?[1]

Бухер предложил определённый и убедительно теоретически фундированный ответ на этот вопрос. Осуществление права не является формой распоряжения им. Распоряжение меняет субстрат права (или его субъекта), а осуществление окончательно конкретизирует содержание

[1] Akkermans B. The Principle of Numerus Clausus in European Property Law. Antwerpen; Oxford: Intersentia,2007. Ch. 7.

юридической обязанности путём предъявления обязанному лицу требования. Поэтому отказ от осуществления права не является формой его распоряжения, поскольку распоряжение носит окончательный характер и совершается в форме юридической сделки. А осуществление права является фактическим состоянием, носит длящийся характер и может быть в любой момент изменено управомоченным по собственному усмотрению. Эти признаки позволяют с высокой степенью точности демаркировать осуществление права и распоряжение правом на практике. Ещё важнее, впрочем, другое. В основе демаркации лежит не просто очередная «точка зрения», а весьма теоретически фундированный конструкт, в котором связывается определённое понимание объективного и субъективного права, конструкция притязания и т. п. Иными словами, предлагается целостная и когерентная *теория*, а не просто очередная произвольная классификация.

Естественно, как и любая значительная теория, концепция Бухера не свободна от некоторых парадоксов, на рассмотрении некоторых из которых представляется целесообразным остановиться. Первый проблемный момент, на который уместно обратить внимание, касается как раз разграничения осуществления права и распорядительных действий. Анализируя эту проблемы, как мы уже видели, Бухер проводит чёткое разграничение между автономией воли как способностью создавать права и обязанности по своему усмотрению (автономно) *для себя* и осуществлением субъективных прав как способностью по своему усмотрению конкретизировать, *окончательно* определять обязанности *для другого лица*. Бухер настаивает на том, что автономия воли, понимаемая им как сделкоспособность, существенным образом отличается от феномена осуществления права. Автономия воли трактуется в буквальном своём значении как «самозаконный» характер создания прав и обязанностей субъектами для себя. Осуществление же субъективных частных прав гетерономно, поскольку создаёт обязанности для другого лица и основано на делегированном субъекту права со стороны правопорядка полномочии создавать нормы для другого.

Проблема состоит, однако, в том, что и автономия воли в этой её понимании, как способность создавать права и обязанности для себя, также основана на делегации правопорядком соответствующих полномочий частному лицу. Автономия воли в рассматриваемом её понимании так же, как и осуществление права (в смысле теории Бухера), создаёт индивидуальные нормы. Кроме того, *осуществляется* автономия воли (например, посредством совершения сделок) так же, как и осуществление правами, по собственному усмотрению управомоченного.

Иными словами, автономия воли и осуществление прав в форме предъявления притязания в равной мере и гетерономны, и автономны. Гетерономны, поскольку зависят от делегирования правопорядком частным лицам полномочия создавать нормы. В случае автономии воли – путём

совершения сделок, в случае же осуществления прав – в форме предъявления притязания и окончательной конкретизации соответствующей юридической обязанности. Автономны, поскольку и автономия воли, и осуществление частных прав зависят от усмотрения управомоченного субъекта.

Иначе говоря, между автономией воли и осуществлением субъективных частных прав много общего в структурном отношении. Единственное видимое отличие заключается в том, что реализация автономии воли, как правило, создаёт права и обязанности для самого управомоченного, в то время как осуществление субъективных частных прав в смысле предъявления притязания создаёт обязанности для другого (обязанного) лица, а не для управомоченного. Но и это различие можно оспорить, по крайней в некоторых случаях. Например, применительно к реализации свободы договора можно исходить из того, что, заключая договор, стороны создают обязанности для себя и для контрагента, т.е. для другого лица. Можно, конечно, возразить, что в данном случае это другое лицо, контрагент выразил своё согласие на возникновение у него новых прав и обязанностей. Однако формально договор создаёт права и обязанности для нескольких лиц, а не для исключительно одного изних.

Второе формальное отличие между автономией воли и осуществлением субъективных частных прав состоит в степени конкретизации индивидуальных норм, которые возникают вследствие осуществления автономии воли, с одной стороны, и осуществления субъективного частного права, с другой стороны. Реализация автономии воли создаёт менее конкретную и требующую дополнительной конкретизации путём предъявления притязания индивидуальную норму (обязанность). Только осуществление права в форме предъявления притязания окончательно конкретизирует и делает исполнимой индивидуальную норму (обязанность должника).

Вопрос теперь состоит в том, в какой мере различия между автономией воли и осуществлением субъективных частных более значимы, чем их структурные сходства. Бухер считает, что различий больше, чем сходств. И необходимо сказать, что эти различия зафиксированы у него убедительнее и увереннее, чем у Кельзена, который колебался по этому поводу. Но, с другой стороны, эти различия не так уж велики, как может показаться. В обоих случаях речь идёт о полномочии создавать нормы, т.е. буквально о *Normsetzungsbefugnis*, как определил Бухер субъективное (частное) право. Тот факт, что в одном случае обязанности, индивидуальная норма носят более определённый характер, чем в другом, не меняет структурной гомогенности обоих феноменов.

Ещё один аспект проблемы касается квалификации содержания осуществления права. Здесь у Бухера наблюдается определённая двусмысленность. С одной стороны, обязанность становится юридической обязанностью в техническом смысле в момент окончательной

конкретизации в акте предъявления притязания, и не раньше. Если бы она конкретизировалась раньше предъявления требования, то последнее нельзя было бы трактовать как *создание нормы*, а в лучшем случае как осуществление нормы. Т.е. предъявление притязания носит правопорождающий характер. С другой стороны, Бухер отказывается признавать, что этот правоворождающий характер аналогичен, например, совершению сделок. Он полагает, что сделки изменяют содержание, субстрат права, а осуществление лишь конкретизирует юридический императив. Но так ли велика разница между изменением императива и его конкретизацией в смысле теории Бухера? Ведь только окончательная конкретизация в акте предъявления притязания и создаёт готовую обязанность. Но Бухеру важно подчеркнуть различие между двумя этими ситуациями, поскольку иначе всё различие между реализацией автономии воли – сделками и осуществлением прав – состояниями, исчезает. И вновь возвращается проблема отграничения осуществления и распоряжения правами.

Вторая проблема, связанная с теорией Бухера, касается статуса категории секундарного (преобразовательного) права и его соотношения с понятием субъективного (частного) права. Здесь Бухер следует в общем русле, заложенном Августом Тоном, который отказывался признать секундарное право в качестве субъективного права в техническом смысле слова, полагая, что оно представляет собой феномен особого рода полномочий. Бухер также настаивает на том, что секундарное право не является субъективным в смысле полномочия создавать нормы путём предъявления притязания. Секундарное право действительно не является предъявлением притязания. Но опять-таки в структурном отношении между секундарном и субъективным правами больше сходств, чем различий. Секундарное право представляет собой возможность изменить чужие обязанности односторонним волеизъявлением управомоченного. Субъективное право в смысле концепции Бухера также представляет собой возможность изменить чужие обязанности (путём их конкретизации в акте предъявления притязания) односторонним волеизъявлением управомоченного. Вся разница, по мнению Бухера, в том, что в первом случае волеизъявление представляет собой (одностороннюю) сделку, а во втором – фактическое поведение (состояние). И важность для Бухера подчёркивать это различие состоит опять-таки в необходимости чёткого разграничения между осуществлением и распоряжением правами, о чём уже подробно говорилось выше. И опять-таки возникает вопрос: а так ли велики эти различия по сравнению со сходствами?

По этой причине представляется необходимым поставить вопрос о соотношении распоряжения и осуществления права ещё раз. В самом деле, если полагать, вслед за Бухером, что обязанность приобретает окончательный характер только в акте предъявления притязания, то логично сделать вывод, что предъявление притязания (осуществление права) само носит

распорядительный характер. Ведь это именно предъявление притязания создаёт (изменяет, прекращает) обязанность в полноценном смысле слова. А создание (изменение, прекращение) обязанности для другого лица, вне всякого сомнения, обладает распорядительным характером. Попытка ввести терминологическое различие между конкретизацией содержания обязанности (в акте предъявления притязания) и изменением содержания обязанности (в распорядительном акте) не приводит к успеху. Ведь в соответствии с концепцией Бухера именно конкретизация содержания обязанности по- настоящему её изменяет (создаёт или прекращает): управомоченный может самостоятельно определить объём обязанности в пределах общего содержания, следовательно, то, какой вид обязанность приобретёт, зависит от воли предъявившего притязание управомоченного. Эту ситуацию можно совершенно без усилий описать при помощи понятия распоряжения.

По этой причине, на мой взгляд, не имеет смысла чётко различать осуществление и распоряжение правами, по крайней мере с позиций теории Бухера. Осуществление права обладает несомненным распорядительным компонентом, поскольку изменяет субстрат юридической обязанности.

Наконец, ещё один проблемный момент, связанный с теорией Бухера, касается трактовки абсолютных правоотношений. Бухер, как и Тон и Кельзен, конструирует субъективное право по модели обязательственного правоотношения (притязание / обязанность), а не по модели вещного права (господство над вещью), как это было принято до Виндшайда и Тона. Это создаёт определённые трудности для применения конструкции субъективного права как возможности предъявить притязание к абсолютным правам. Проблема состоит в общих чертах в следующем. В абсолютном правоотношении трудно обнаружить притязание, по крайней менее до факта нарушения абсолютно-правового запрета. В данном случае до факта нарушения существует запрет нарушать чужое абсолютное право. Предполагается, что управомоченный не должен фактически предъявлять обязанному лицу требование о ненарушении (притязание), чтобы «активировать» или конкретизировать абсолютный запрет. Считается, что обязанному достаточно знать, что соответствующая вещь не принадлежит ему, а следовательно, он должен воздерживаться от всякого на неё воздействия (берём право собственности как типичный пример абсолютного правоотношения). Обязанность представляется достаточно конкретизированной уже на этапе существования субъективного права, а не его осуществления, что противоречит концепции Бухера.

Кроме того, как раз для абсолютных правоотношений характерно то, что их содержание, как правило, целиком определяется нормой права[1]. Это имеет место вследствие того, что

[1] В последнее время этот классический тезис активно критикуется и ставится под сомнение даже применительно к германскому правопорядку, в котором он получил наибольшее выражение (см., например: Füller J.T. Op. cit.).

абсолютные правоотношения создают обязанности у неопределённого круга лиц (например, применительно к праву собственности – у всех несобственников. Поэтому указанный неопределённый круг лиц должен чётко понимать содержание своих (негативных) обязанностей. Самый простой способ этого добиться при относительно низких транзакционных издержках – стандартизировать содержание абсолютного права путём его императивного регулирования в законе[1].

Соответственно, если юридическая обязанность регулируется исключительно общей императивной нормой права (вытекает из закона), то остаётся ли место для конкретизации содержания соответствующей негативной обязанности (абсолютно-правового запрета) путём предъявления притязания? Это сильный аргумент, но не решающий для концепции Бухера. Дело в том, что даже если содержание права целиком сформулировано при помощи императивных норм закона, абсолютно-управомоченный всё же сохраняет определённую свободу усмотрения. Например, он вправе не реагировать на нарушение своего абсолютного права, не предъявлять нарушителю никаких притязаний или предъявлять их в меньшемобъёме, чем он имеет на то право. Поэтому и в случае абсолютных правоотношений можно сказать, что конкретный вид обязанности определяется в акте осуществления права. Просто по сравнению с относительными правоотношениями свобода усмотрения управомоченного несколько уже.

Однако остаётся более серьёзный аргумент: традиционно считается, что субъект абсолютного права не должен предъявлять требование, чтобы «активировать», привести в действие юридическую обязанность. Юридическая обязанность вытекает уже из самого факта возникновения, а не осуществления абсолютного субъективного права. Обязанному, как уже отмечалось выше, достаточно знать, что право ему не принадлежит, для того, чтобы запрет вторжения в чужое абсолютное право действовал. Абсолютно-управомоченному не нужно каждый раз уведомлять всех и каждого, что он желает реализации абсолютного запрета вторгаться. Представить себе, чтобы абсолютно-управомоченный каждый раз требовал исполнения обязанности, просто невозможно, ибо это обусловлено и с огромными издержками и с тем фактом, что управомоченному противостоит неопределённый круг субъектов.

Для разрешения этой коллизии Бухер вводит понятие презумпции осуществления права в абсолютных правоотношениях. Абсолютно-управомоченному не требуется в каждом конкретном случае предъявлять требование о необходимости исполнить обязанность к каждому конкретному обязанному лицу. Достаточно презумпции, т.е. вытекающего из социальной обстановки предположения, что каждый абсолютно-управомоченный в обычных условиях желает, чтобы его абсолютное право не нарушалось иными лицами. Таким образом, обязанность предполагается конкретизированной путём презумпции в пользу притязания.

[1] Merrill Th.W., Smith H.E. Op. cit.

Соответственно, управомоченный, если он хочет отказаться от осуществления права, может опровергнуть эту презумпцию, например, не реагируя на вторжение в принадлежащее ему абсолютное право. Обязанному же лицо достаточно понимать, что существует граница между принадлежащим ему и тем, что ему не принадлежит, и что те, кому принадлежит не принадлежащее ему, предполагаются желающими, чтобы он не вторгался в их правовую сферу.

Обычно рассматриваемая модель презумпции считается главным недостатком всей концепции Ойгена Бухера[1]. И действительно, презумпция в данном случае не вполне удачный термин, поскольку речь идёт о материальном праве. Но я не склонен переоценивать силу этого аргумента. Мы довольно часто делаем предположения относительно вероятности определённого рода положений вещей на основе социальных конвенций, принятых стандартов, того, какое положение дел с большей вероятностью вытекает из некоторого видимого обстоятельства. С этой точки зрения вполне оправданно считать социальной конвенцией то, что собственник предполагается требующим от всех иных лиц не вторгаться в его право собственности. В пользу такого вывода свидетельствует сама социальная практика, всё то, что мы знаем о праве собственности.

Другая гораздо более убедительная линия аргументации акцентирует внимание на то, что в соответствии с господствующим пониманием обязанности предполагаются возникающими не из акта осуществления коррелирующего ей субъективного частного права, а из самого соответствующего правоотношения. Взгляд, в соответствии с которым обязанность возникает (приобретает окончательную определенность) в акте осуществления права, выглядит слишком экзотичным. Но это само по себе не свидетельствует о невозможности подобной теоретической конструкции.

Поэтому если говорить о недостатках теоретической модели субъективного (частного) права Бухера, то куда большее значение с точки зрения её критики имеют отмеченные выше парадоксы в определении соотношения между осуществлением и распоряжением правом, а вовсе не понятие презумпции осуществления права.

* * *

1. Основная заслуга Бухера, как представляется, состоит в том, что предложенное им понимание субъективного (частного) права позволяет формализовать идущее от пандектистики понимание субъективного права как «господства воли», вписать его в рамки господствующей юридико-позитивистской парадигмы. Другими словами, Бухеру удалось дать убедительное теоретическое описание тем случаям, в которых правопорядок предоставляет частным лицам свободу усмотрения относительно того, наступит определённый юридический эффект или нет.

[1] Из новых исследований см., например: Buchheim J. Op. cit. S. 110.

2. Бухер трактует эти случаи одновременно как делегацию частным лицам правотворческой компетенции (в духе формальных концепций Тона и Кельзена) и как проявление «господства воли» частных лиц (в духе пандектистского понимания субъективных прав).

3. От формальных концепций Тона и Кельзена такая концепция отличается более широким пониманием объёма делегированной нормотворческой компетенции. Бухер не ограничивает сферу проявления «господства воли» частных лиц лишь свободой усмотрения в защите права (право на иск в материально-правовом смысле), добавляя в эту сферу свободу осуществлять или не осуществлять юридическую возможность поведения. От пандектистского понимания субъективных прав теория Бухера отличается более узкой трактовкой понятия «господство воли». К случаям «господства воли» относятся исключительно ситуации, в которых управомоченный по своему усмотрению изменяет параметры чужой юридической обязанности, а не все случаи, когда за управомоченным закреплена определённая поведенческая возможность, которую он вправе осуществлять по собственному усмотрению.

4. Важнейшим теоритическим достижением Бухера стало опровержение тезиса формальной теории, согласно которому принадлежащая управомоченному по субъективному праву (особенно в правах типа притязаний) возможность требовать исполнения должником своей обязанности не имеет юридического значения. Бухер продемонстрировал, что требование о необходимости исполнить обязанность обладает правоизменяющим эффектом, поскольку с его помощью окончательно определяются основные параметры юридической обязанности.

5. Основной проблемой теории Бухера является резкое разграничение между осуществлением и распоряжением правами и отрицание распорядительного эффекта осуществления права.

3.4. Осуществление субъективного права как распоряжение и принцип автономии воли (Г. Харт)

Концепция субъективного права британского философа права Герберта Харта отличается от теорий субъективного права, рождённых на континентально-правовой почве, прежде всего не содержательно, а методологически. Харт чрезвычайно важное внимание уделяет проблеме методологии анализа правовых феноменов вообще и категории субъективного права, в частности.

Этот «методологический поворот» в теории субъективного права, произошедший в XX веке, лишь на первый взгляд может показаться неожиданным или странным. В действительности, как будет показано в дальнейшем изложении, эта смена акцента исследования проблематики субъективного права в рамках теории права и теории частного права является закономерным результатом эволюции теории субъективного права.

На всём протяжении своей исторической эволюции теория субъективного права решала один и тот же вопрос поиска и определения критерия, который позволяет квалифицировать тот или иной феномен в качестве субъективного права. При этом приходилось учитывать два обстоятельства. С одной стороны, любому теоретику, анализировавшему проблему, приходилось считаться с тем, что существует определённая историческая традиция, с позиций которой некоторый класс феноменов рассматривается как субъективные права. С другой стороны, далеко не всегда в рамках унаследованных традицией правовых форм и феноменов, которые трактуются в качестве субъективных прав, можно обнаружить общие признаки, которые и стали бы критериями их субъективно-правового характера.

В результате образуется некоторое напряжение между аналитической теорией, которая пытается сформулировать абстрактный признак или признаки, в соответствии с которыми то или иное явление можно считать субъективным правом, и историко-догматической традицией, с точки зрения которой существует вполне определённый «набор» типов и видов субъективных (частных) прав, даже если найти их общий признак сложно или невозможно. Соответственно, каждый исследователь должен был сделать выбор: анализировать ли унаследованные от исторической традиции типы субъективных прав, принимая их за данность, но рискуя не сформулировать общего понятия субъективного права, или, напротив, сначала сформулировать общее понятие субъективного права, а потом разбираться с его применением к реальности, рискуя при этом тем, что аналитическое понятие окажется в противоречии с традиционным словоупотреблением.

Именно это напряжение между аналитической теорией и эмпирической реальностью и рождает интерес к методологии. Ведь всю эту проблему можно рассматривать как конфликт

различных методологических ориентаций. С одной стороны, можно ориентироваться на существующие формы, типы и виды субъективных частных прав и принимать факт их существования в качестве отправного. В таком случае задача теоретика состоит в поиске их «общего знаменателя». Его, как правило, найти не удаётся, но и внести коррективы в сам «эмпирический базис теории», т.е. поставить под сомнение те или иные типы феноменов, которые традиция рассматривает в качестве субъективных прав, теоретик не может.

С другой стороны, можно ориентироваться на некоторую аналитическую гипотезу, в соответствии с которой теоретик находит некоторый абстрактный критерий того, что считать субъективным правом. При этом теоретик игнорирует историческую традицию: если некоторые типы феноменов, которые традиция рассматривает в качестве субъективных прав, не вписываются в аналитическую теорию, то они игнорируются. Здесь теоретик обладает большей свободой в формулировании аналитической теории субъективного права, но за счёт эмпирической достоверности этой теории.

Другое обстоятельство, стимулировавшее интерес к методологии исследования, связано с тем, что целый ряд влиятельных направлений юриспруденции крайне скептически относился к категории субъективного права или вообще отрицал её существование. Этот скептический тренд усилился в XX в. Поскольку речь шла о том, что подвергается сомнению или вообще отрицается сама реальность (юридическая, психологическая, социальная) феномена субъективного права, постольку проблема вновь приобретает методологический характер: каким образом доказать «реальность» некоторой аналитической категории.

Харт подошёл к разрешению проблемы субъективного права с учётом этих методолгических трудностей. По мнению британского философа права, необходимо избегать неоправданного редукционизма, когда некоторый феномен сводится к его составным частям. В то же время и принимать некий термин за социальную или иную реальность просто потому, что термин уже существует и употребляется, не следует[1].

В качестве решения проблемы Харт предлагает анализировать употребление терминов в определённых контекстах и на основании этого анализа формулировать условия употребления соответствующего термина или понятия. В таком случае удаётся сохранить как эмпирическую адекватность теории, так и её аналитическую строгость.

Применяя данную методологию к анализу субъективного права, Харт анализирует существующие теоретические модели субъективно-правовых феноменов. Классическая теория интереса не может быть принята за основу потому, что далеко не всегда наличие интереса или доступа к определённому благу признаётся субъективным правом в техническом смысле слова.

[1] Hart H.L.A. Definition and Theory in Jurisprudence // Hart H.L.A. Essays on Jurisprudence and Philosophy. Oxford: Clarendon Press, 1983.

Иеринг сам сформулировал понятие рефлексивного действия (*Reflexwirkung*) права. Так, в ситуации введения публичной властью новой таможенной пошлины конкретные лица могут выиграть от его введения, но это не означает, что их интерес или доступ к благам следует квалифицировать как субъективное право[1]. Между тем, если отождествлять интерес и субъективное право, то довольно сложно отграничить случаи получения субъектами доступа к благу, которое является следствием действия нормы объективного права (в рассматриваем случае – таможенного законодательства), от случаев наличия субъективного права[2].

Соответственно, необходимо на основе анализа группы явлений, которые традиционно рассматриваются в качестве разновидностей субъективных прав, сформулировать некоторую аналитическую теорию. За основу рассмотрения Харт берёт теорию Хофельда, а точнее, категориальную схему четырёх пар элементов (право «требования / обязанность», «привилегия (свобода) / отсутствие права», «власть / претерпевание», «иммунитет / неспособность»). Связано это не столько с тем, что Харт согласен с идеей все элементы схемы Хофельда автоматически трактовать как субъективные права, сколько с тем, что схема Хофельда представляет собой хорошую аналитическую модель, которая включает в себя все типы феноменов, которые *могут* теоретически трактоваться как субъективные права.

Анализируя все элементы схемы, Харт приходит к выводу, что в самом общем виде субъективное право может быть определено как свобода выбора, т.е. возможность совершать определённые действия или воздержаться от их совершения. В рамках категориальной схемы Хофельда свободе выбора соответствует категориальная пара «привилегия / отсутствие права».

Впрочем, у Хофельда пара «привилегия / отсутсвие права» могла иметь как односторонний, так и двусторонний характер. О двусторонней привилегии говорят в том случае, если субъект привилегии обладает возможностью как совершать соответствующее действие, так и воздержаться от его совершения. В случае же односторонней привилегии её субъект вправе и имеет возможность совершить определённые действия, но не вправе не совершать их. Это имеет место, например, в тех случаях, когда субъект не только вправе, но и обязан совершить определённое действие, т.е. ему разрешено совершать определённые действия, но одновременно запрещено не совершать их. Очевидно, что в последнем случае субъект привилегии лишён права выбора. Поэтому о субъективном праве можно говорить лишь применительно к двусторонней привилегии[3].

Применительно к категориальной паре «власть / претерпевание» свобода выбора также необходима и находит выражение в том, что субъект правовой власти должен обладать

---

[1] Jhering R. von. Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. Teil 3, Bd. 1. S. 351–353.

[2] Hart H.L.A. Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Theory. P. 180.

[3] Ibid. P. 172.

защищённой правом возможностью совершить акт распоряжения правом (что, собственно, и составляет содержание понятия «власть» у Хофельда). Дело в том, что распорядительное действие обладает юридическим эффектом из нормы права, но *совершается* по инициативе управомоченного. По этой причине реализация власти осуществляется на основе предоставления привилегии. Соответственно, управомоченный и применительно к паре «власть / претерпевание» обладает свободой выбора: совершать ли фактическое действие, которое норма права квалифицирует как обладающее распорядительным эффектом, т.е. создаёт, изменяет или прекращает права и обязанности, или не совершать его.

Сложнее и интереснее всего дело обстоит применительно к самой важной с точки зрения цивилиста категориальной паре «право требования / обязанность». В данном случае с первого взгляда трудно определить, в чём заключается право выбора и есть ли оно. Ведь интерес кредитора удовлетворяется целиком и полностью посредством активности должника. В терминологии континентальной цивилистики речь применительно к рассматриваемой категориальной паре идёт о праве на чужое поведение. Однако Харт полагает, что и в данном случае можно говорить о наличии у управомоченного права выбора[1]. Право выбора управомоченного касается юридической судьбы корреспондирующей праву обязанности. Управомоченному в данном случае гарантируется более или менее полный контроль над судьбой соответствующей юридической обязанности. В частности, как полагает Харт, право контроля в этом смысле включает три основных элемента[2].

Во-первых, управомоченный вправе отказаться от принадлежащего ему права, простить долг (например, если речь идёт об обязательственном праве требования) либо отказаться от требования исполнить обязанности. Во-вторых, управомоченный вправе отказаться от принудительного осуществления нарушенного права через суд. В-третьих, управомоченный вправе отказаться от принудительного осуществления обязанности после вынесения судом решения в его пользу. Во всех трёх случаях управомоченный обладает правом выбора. И это право выбора, в свою очередь, обладает распорядительным эффектом. В самом деле, отказ от реализации права на донарушенной стадии, отказ от самого права означают, что именно управомоченный принимает окончательное решение относительно юридической судьбы обязанности. То же самое можно сказать и относительно принадлежащего управомоченному права выбора относительно возможности принудительного осуществления обязанности, если она не исполняется в добровольном порядке. И в данном случае налицо тот же самый распорядительный эффект акта выбора управомоченного: юридическая судьба обязанности определяется по усмотрению управомоченного. Аналогичным

[1] Ibid. P. 183.
[2] Ibidem.

образом обстоит дело и с третьей возможностью выбора управомоченного.

Характерно и то, что распорядительный эффект обеспечивается посредством наделения управомоченного не только правовой властью в смысле категориальной пары «власть / претерпевание», но и привилегией в смысле категориальной «пары привилегия (свобода) / отсутствие права». Ведь для того чтобы осуществить распорядительный акт, необходимо обладать возможностью определённого поведения (совершения фактическихдействий).

Таким образом, по мнению Харта, право требования всегда подразумевает не только право на чужое поведение, но и право на собственное поведение, причём право на собственное поведение обоих типов: во-первых, юридическую способность совершать распорядительные действия, создавать, изменять или прекращать права и обязанности, в рассматриваемом случае – распоряжаться корреспондирующей праву юридической обязанностью; во-вторых, юридическую возможность фактического поведения, в данном случае – совершать фактически соответствующие распорядительные акты или отказаться от их совершения.

Сразу же возникает очевидное возражение. Стоит ли формировать такого рода гибрид, состоящий сразу из трёх типов пар элементов категориальной схемы Хофельда? Не лучше ли, вслед за Хофельдом, сохранить все три категории отдельно друг от друга? Строго говоря, право на чужое поведение из пары «право требования / обязанность» *не может* логически включать в себя элементы других пар, поскольку они *аналитически* отделены друг от друга.

Однако дело в том, что Хофельд и Харт ставят перед собой совершенно различные задачи. Хофельд придумал свою категориальную схему для того, чтобы создать аналитическую структуру правонаделения. Он старался продемонстрировать, из каких минимальных элементов состоит правонаделение. При этом Хофельд не утверждал, что каждый из элементов его категориальной схемы является субъективным правом в техническом смысле слова. Он даже не ставил этого вопроса.

Харт же, напротив, интересовался как раз вопросом о том, какие из элементов категориальной схемы Хофельда, каждый сам по себе или в комбинациях, могут давать понятие субъективного права и почему. При такой постановке вопроса недостаточно разложить на составляющие элементы известные разновидности субъективных прав. Ведь эти составляющие элементы могут и не обладать сами по себе качествами субъективного права. Следовательно, необходимо понять, в какой мере каждый из этих элементов отдельно или в каких-то комбинациях друг с другом может обладать субъективно-правовым характером. Именно это и сделал Харт.

С этой точки зрения сама по себе пара элементов «право требования / обязанность» в том строгом аналитическом смысле, в каком её понимал Хофельд, не может рассматриваться в качестве субъективного права в техническом смысле слова. Дело в том, что у Хофельда право

требования определяется исключительно через его противоположность, а именно юридическую обязанность. Грубо говоря, управомоченный имеет право на исполнение обязанности в свою пользу. Поскольку право требования не имеет самостоятельного содержания, которое бы не исчерпывалось необходимостью для должника исполнить лежащую на нём обязанность, то связь между правом и обязанностью состоит исключительно в том, что должник обязан произвести исполнение *в пользу* определённого лица. Но это напоминает определение статуса управомоченного в духе теории интереса, в соответствии с которым управомоченным следует считать того, кто имеет интерес и кому при помощи установления юридической обязанности право гарантирует доступ к определённому благу. Иного способа определения управомоченного, носителя субъективного права в техническом смысле просто не существует применительно к паре «право требования / обязанность» в её строго аналитическом хофельдианском понимании. Ведь право требования не предполагает какой-либо самостоятельной активности и инициативы управомоченного, интерес которого полностью обеспечивается поведением должника. Если же управомоченному не предоставляется право на собственное поведение, то единственный способ понять, что перед нами управомоченный, состоящий в правовой связи с обязанным, – это определить того адресата исполнения обязанности, т.е. того субъекта, в пользу которого исполнение обязанности должно быть произведено.

Но это порождает другую проблему. Дело в том, что не каждое лицо, которое получает выгоду от исполнения обязанности, является управомоченным в техническом смысле слова. Выше уже отмечалось, что нормами объективного права могут создаваться косвенные преимущества для определённых лиц или категорий лиц. В цитированном выше примере Йеринга речь шла о том, что повышение таможенных пошлин (норма объективного права, устанавливающая обязанность) может привести к тому, что отечественный поставщик услуг, в отношении которых повысили таможенные пошлины, получит больший доход за счёт ограничения конкуренции с иностранными поставщиками соответсвующих услуг, чья цена возрастёт вследствие применения повышенной пошлины. В данном примере отечественный поставщик приобретает особый интерес в доступе к благу (повышенные прибыли), а доступ к благу обеспечивается установлением юридической обязанности. Но он, вне всякого сомнения, не является управомоченным в техническом смысле.

Можно возразить, что в этом примере исполнение обязанности, строго говоря, осуществляется не в пользу отечественного поставщика услуг, а в пользу публичной власти, а отечественный поставщик услуг оказывается лишь выгодоприобретателем косвенно. Однако проблема состоит в том, что теория интереса не может провести приемлемое разграничение между управомоченным и выгодоприобретателем. Часто бывает так, что интерес в исполнении

есть у одного лица, а право требования у другого. Типичный пример – исполнение обязательства осуществляется в пользу третьего лица. Можно сказать, что кредитор здесь тоже обладает интересом, интересом в исполнении обязанности третьему лицу. Само третье лицо также обладает интересом в обеспечении доступа к благу. Как понять, какой из двух разновидностей интереса следует считать интересом управомоченного в техническом смысле? Ясно, что из самой направленности исполнения обязанности этого сделать невозможно.

Это, в свою очередь, порождает следующий важный вопрос. А в чём, собственно, заключается в этом случае связь между правом требования и обязанностью? Если отнюдь не каждый выгодоприобретатель обязанности должен автоматически рассматриваться в качестве управомоченного, носителя субъективного права в техническом смысле, то на основе исключительно анализа обязанности понять, что такое право требования, невозможно. Нужен дополнительный критерий, который следует искать не на стороне юридической обязанности, а на стороне права требования.

Харт предложил именно такой критерий. В самом деле, что применительно к паре «право требования / обязанность» следует считать специфическим способом их связи? Харт предположил, что таковым следует считать определённую меру контроля управомоченного над судьбой юридической обязанности. Иными словами, по мнению Харта, управомоченным носителем субъективного права требования в техническом смысле слова следует считать того субъекта, который обладает распорядительными правомочиями относительно корреспондирующей праву требования юридической обязанности, т.е. того субъекта, который может отказаться от права требования или от его осуществления, принять решение о принудительном осуществлении (отказе от осуществления) корреспондирующей его праву юридической обязанности в случае её нарушения и т. п.

Таким образом, то, что делает право и обязанность коррелятами, – это способность управомоченного распоряжаться обязанностью (и тем самым своим правом на её исполнение). С точки зрения категориальной схемы Хофельда, субъективное право требования состоит из трёх пар элементов: во-первых, естественно, сама пара «право требования / обязанность» в том строгом аналитическом смысле, который ему придавал Хофельд; во-вторых, это пара «власть / претерпевание», поскольку, по мнению Харта, именно распорядительные правомочия относительно юридической судьбы обязанности связывают право требования и обязанность; в-третьих, пара «привилегия / отсутствие права», поскольку необходимо предоставить субъекту правовой власти относительно обязанности возможность фактическими действиями эту правовую власть реализовать.

Из этого крайне интересного анализа понятия субъективного права требования вытекает общее понимание Хартом субъективного права в техническом смысле слова. *Субъективным*

правом в техническом смысле следует считать те представляемые объективным правом возможности определённого поведения, в отношении которых сам управомоченный имеет способность распоряжаться, т.е. принимать решение относительно целесообразности их осуществления и защиты по своему усмотрению. В этом отношении Харт именует управомоченного «маленьким сувереном», «сувереном в небольшом масштабе» (*small-scale sovereign*), подчёркивая диапозитивный, распорядительный характер принадлежащих ему правомочий.

Необходимо отметить, что идея суверенитета (автономии воли) управомоченного, как и идея более или менее полного контроля над объектом права, не являются новыми. *Новым является их строгий логический анализ. То, что в континентально-правовой традиции являлось лишь крайне удачной метафорой («господство воли», «контроль»), в рамках концепции Г. Харта приобрело аналитическую строгость. Контроль, суверенитет и господство над объектом переводятся посредством довольно чёткого понятия способности определить юридическую судьбу обязанности, т.е. в конечном счёте – через понятия распорядительного действия.* При этом понятие контроля трактуется довольно широко. Харт пишет о «более или менее широком исключительном контроле» (*exclusive control, more or less extensive*)[1]. Такая формулировка предполагает, что не во всех случаях наличие всех трёх элементов этого понятия, совокупность которых Харт называет наиболее полной мерой контроля (*fullest measure of control*), требуется для того, чтобы квалифицировать феномен в качестве субъективного права в техническом смысле слова[2].

Некоторые сомнения возникают применительно к категориальной паре «привилегия (свобода) / отсутствие права». С одной стороны, как уже указывалось выше, привилегия как право на собственное поведение фактического характера предоставляет управомоченному возможность выбора (в частности, выбора совершать соответствующие действия фактического характера, например, пользоваться вещью, принадлежащей на праве собственности, или воздержаться от их совершения). С другой стороны, возникают определённые сомнения относительно возможности трактовки такого права выбора в качестве проявления определённой меры «контроля над обязанностью».

Во-первых, в данном случае вообще трудно говорить о том, что привилегии коррелирует юридическая обязанность. Коррелятом привилегии у Хофельда выступает отсутствие права. Во-вторых же, право на собственное поведение фактического характера, если только оно не обеспечено одновременно запретом для иных лиц препятствовать его осуществлению, не предоставляет его субъекту той меры контроля и исключительности,

[1] Hart H.L.A. Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Theory. P. 183.
[2] Ibidem.

которая характеризует субъективное право в смысле концепции Харта.

Наиболее вероятным ответом на эти возражения будет указание на то, что, по мнению Харта, привилегия в своём чистом виде, т.е. право на собственное поведение, если оно не сопровождается установлением обязанности других лиц препятствовать субъекту привилегии в реализации своего права, не имеет юридического значения[1]. «Чистая» привилегия не предполагает наличия у иных лиц обязанности препятствовать субъекту права на собственное поведение. Однако на практике осуществление возможности собственного поведения фактического характера оказывается неразрывно связанным с наличием обязанностей иных лиц, которые не являются коррелятами самой привилегии, однако защищают её косвенно.

Например, собственник сада не может запретить иным лицам любоваться внешним видам сада. Это связано с тем, что практически любая попытка исключить эту возможность для иных лиц будет означать физическое насилие в отношении соответствующих лиц. Но физическое насилие, как и иные формы агрессивного поведения, уже запрещены правом по самостоятельным основаниям. Эти запреты (обязанности) защищают не привилегию любоваться внешним видом чужого сада, а другие права. Но, защищая другие права, они косвенно обеспечивают защитный периметр и для привилегии[2]. Кроме того, в других случаях для защиты привилегии прямо вводится запрет препятствовать управомоченному осуществлять собственное поведение. В обоих случаях привилегия слита с правом требования. Соответственно, право выбора обеспечивается юридически правом требования. А право требования, как мы уже имели возможность убедиться, состоит из комплекса элементов и индивидуализируется через понятие контроля над обязанностью.

Отдельную проблему представляет собой четвёртая категориальная пара Хофельда, пара «иммунитет / неспособность». Сам Харт исходил из того, что понятие субъективного права как обеспеченное право выбора не может быть применено к понятию иммунитета[3]. Однако другие сторонники концепции Харта исходили из обратного. В частности, Нил Саймондс полагает, что иммунитет как невозможность изменить права и обязанности его обладателя помимо его воли следует трактовать как обладающий распорядительным характером. Ведь управомоченный может отказаться от иммунитета точно так же, как он может отказаться от права требования. Отказ от иммунитета будет означать совершение распорядительного действия, поскольку он меняет правовое положение и обладателя иммунитета, и носителя корреспондирующей ему неспособности (изменить чужую правовуюсферу)[4].

Базовая идея теории субъективного права Харта состоит в том, что оно ориентировано на

---

[1] Ibid. P. 173.
[2] Ibid. P. 171.
[3] Hart H.L.A. Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Theory. P. 189.
[4] Simmonds N.E. Op. cit. P. 227.

понятие частной автономии. Правовая возможность, предоставляемая объективным правом субъекту, носит характер субъективного права в техническом смысле только в том случае, если она может осуществляться субъектом по собственному усмотрению, т.е. в конечном итоге обладает распорядительным эффектом[1].

Примечательно и то, что Харт не разграничивает осуществление права и распоряжение правами. Право выбора, лежащее, по мнению Харта, в основе понятия субъективного права, предполагает как возможность полностью и окончательно отказаться от него (*relinquish*), так и отказаться от его осуществления (*waive*). Если использовать терминологию континентально-правовой цивилистики, то можно сказать, что, с точки зрения Харта, к понятию распоряжения относятся и секундарные права, и право на защиту в материально-правовом смысле слова, и правомочия по осуществлению права (или отказу от его осуществления). Это противоречит несравненно более узкой трактовке распоряжения, которая существовала в германской традиции. Прежде всего, все германские аналоги «распорядительной теории» исключали понятие секундарного права из рассмотрения, отказывая ему в статусе субъективного права в техническом смысле. Это порождало определённые проблемы, поскольку получался парадокс. Право на иск в материально-правовом смысле, которое большинство германских теорий трактовало в качестве типичного (иногда – единственного) проявления субъективного права, по существу представляет собой распорядительную власть – возможность инициировать принудительное осуществление права принадлежит исключительно управомоченному. Другими словами, наступят ли для нарушителя правовые последствия или нет, зависит от усмотрения управомоченного. Но и секундарное право также представляет собой в точности такое же распорядительное правомочие за исключением того, что здесь речь не идёт о защите (принудительном осуществлении) права. Между тем в первом случае многие германские теоретики считали возможным говорить о наличии субъективного права, а во втором – только об *особого рода правомочии* (*Befugnis*). В концепции Харта эта проблема не возникает вследствие крайне широкой трактовки распорядительных действий.

То же самое можно, в принципе, сказать и относительно соотношения понятий осуществления и распоряжения правами, которые в рамках германских теорий субъективного права часто разводятся, а в концепции Харта отождествляются.

Определённые проблемы, как уже было показано выше, порождало соотношение понятий «защищённого выбора» (*protected choice*) и контроля над правом. Все ли случаи предоставленной объективным правом свободы выбора автоматически должны рассматриваться как предоставляющие более или менее полный контроль?

[1] Hart H.L.A. Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Theory. P. 184.

В понимание этого вопроса внесли значительный вклад исследования Карла Веллмана. Концепция Веллмана в целом находится в русле теории Харта. По мнению Веллмана, субъективное право представляет собой «сложное нормативное преимущество», которое предоставляется управомоченному. Преимущество заключается не в предоставлении благ, а в том, что воля управомоченного рассматривается правом как обладающая приоритетом по сравнению с волей иных лиц[1].

По мнению Веллмана, субъективные права всегда представляют собой составные многоэлементные структуры. Отдельные элементы категориальной схемы Хофельда не могут сами по себе рассматриваться в качестве самостоятельных разновидностей субъективных прав. Только комплексы этих элементов, их различные сочетания могут образовывать субъективные права в техническом смысле слова.

Каждое субъективное право, по мнению Веллмана, состоит из ядра и вспомогательных элементов. Ядром (core) является такое правомочие, которое придаёт соответствующему субъективному праву идентичность, без которого оно не может существовать. Вспомогательные элементы важны в том отношении, что они обеспечивают правовую позицию управомоченного. Можно, вероятно, продемонстрировать это на примере обязательственного права требования. Ядро субъективного права требования составляет пара «право требования / обязанность» в смысле категориальной схемы Хофельда. Однако, как показал анализ Харта, правовая позиция управомоченного не может быть надлежащим образом обеспечена без предоставления ему (распорядительной) власти относительно юридической судьбы обязанности и привилегии эту (распорядительную) власть осуществлять. Соответственно, к вспомогательным элементам субъективного права требования должны быть отнесены пары «власть / претерпевание» и «привилегия / отсутствие права». Важно отметить, что вспомогательными указанные элементы являются не в том смысле, что они носят факультативный характер. Напротив, как было убедительно продемонстрировано Хартом, обе пары элементов в той же мере необходимы дляобеспечения правовой позиции кредитора, как и пара «право требования / обязанность», составляющая ядро субъективного права требования. Ядро в составе правомочий соответствующего субъективного права выделяется не в том смысле, что прав без ядра не может существовать вообще, а права без вспомогательных элементов в принципе могут существовать. Субъективное право требования не может существовать как без ядра, так и без вспомогательных элементов. Ядро просто определяет идентичность права в том смысле, что выражает основное содержание, тип соответствующего субъективного права, определяеткритерий, по которому он отграничивается от других прав.

[1] Wellman C. A Theory of Rights: Persons under Laws, Institutions, and Morals. Totowa: Rowman & Allanheld, 1985. P. 91-92.

Именно характер ядра субъективного права определяет характер и состав тех вспомогательных элементов, которые необходимы для защиты правовой позиции управомоченного. Если ядром является право на чужое поведение, то правовую позицию кредитора необходимо обеспечить прежде всего посредством предоставления ему юридической возможности распоряжаться корреспондирующей его праву обязанностью. В свою очередь, если ядром права является привилегия (право на собственное поведение фактического характера), то в качестве вспомогательных элементов, скорее всего, следует использовать пару «право требования / обязанность», при помощи которой субъект привилегии получит защиту от посягательств третьих лиц. Основная функция вспомогательных элементов субъективного права состоит в упрочении правовой позиции управомоченного, обеспечении его контроля над соответствующим правом[1].

Таким образом, Веллман видит существо субъективного права в создании правовой позиции, при помощи которой воля субъекта этой правовой позиции обладает приоритетом по отношению к воле иных лиц. Создать подобного рода приоритет воли управомоченного, который Веллман именует нормативным преимуществом, можно при помощи сложной техники правонаделения, ключевую роль в которой опять-таки имеет предоставление управомоченному возможности распоряжаться своим правом. Ведь формирование контроля над правом при помощи вспомогательных элементов субъективного права в смысле теории Веллмана прежде всего означает предоставление управомоченному правовой (распорядительной) власти.

Иными словами, основной корректив, который Веллман вносит в концепцию Харта, заключается в том, что Веллман трактует субъективное право не просто как свободу выбора, но свободу выбора, обеспечивающую контроль над определёнными аспектами поведения других лиц. Несмотря на то что у Харта распорядительные аспекты понятия субъективного права также получили выражения, всё же оставалась определённая неясность, как соотносятся отдельные элементы категориальной схемы Хофельда и субъективное право. Прямо на эту тему Харт не высказывался, за исключением, пожалуй, пары «право требования / обязанность», относительно которой совершенно ясно, что она субъективного права втехническом смысле не образует (без одновременного закрепления за субъектом права требования распорядительных правомочий в отношении этого права требования). Веллман совершенно определённо и недвусмысленно указал, что ни одна из пар элементовкатегориальной схемы Хофельда сама по себе и отдельно от других элементов самостоятельной разновидности субъективных прав не образует. Субъективные права представляют собой комплексы таких пар элементов. Критерий, в соответствии с которым можно определить, какие комплексы элементов образуют субъективные права, а какие – не образуют, состоит в том, что субъективное право должно

[1] Wellman C. Op. cit. P. 92.

обеспечивать своему носителю контроль, понимаемый прежде всего как распорядительная власть относительно предоставленной ему возможности поведения.

Если теория Харта концентрируется на возможности выбора (осуществлять или не осуществлять соответствующую поведенческую возможность) как ключевом элементе любого субъективного права, то позиция Веллмана в большей мере ориентирована на то, что в континентальном частном праве принято именовать «господством воли». С точки зрения Веллмана, ключевой аспект любого субъективного права состоит в обеспечении господства, приоритета воли управомоченного перед волей иных лиц[1]. Этого можно добиться посредством формирования некоторой исключительной сферы, в рамках которой обеспечивается этот приоритет или господство воли. Естественно, что одного элемента возможности выбора для формирования подобной исключительной сферы господства недостаточно. Именно поэтому субъективные права у Веллмана – это всегда многоэлементные понятия. Субъективное право, с точки зрения Веллмана, – это всегда «свобода» и «контроль»[2]. «Контроль» находит выражение в распорядительных правомочияхв хартианском смысле слова, а «свобода» отражает способность эти правомочия осуществлять по собственному усмотрению. В результате Веллман считает ключевыми правомочиями, характерными для любого субъективного права, именно те, которые выделял Харт. Отличие состоит только в том, что Харт, вероятно, считал, что право выбора (осуществлять или не осуществлять поведенческую возможность) всегда свидетельствует о наличии субъективного права, в то время как Веллман полагал, что его недостаточно, а требуется более сложная многоэлементная структура, которая только и способна обеспечить исключительную сферу господства управомоченному.

Можно без доли сомнения утверждать, что «распорядительная» теория в духе Харта и Веллмана представляет собой вариант волевой теории субъективного права. Её отличия от классической волевой теории сводятся к следующему. Прежде всего, *господство воли управомоченного не понимается столь же широко и неопределённо, как это имело место в рамках классической волевой теории*. В рассматриваемом случае отнюдь не любые ситуации, в которых нормы объективного права наделяют субъекта возможностью определённого поведения, автоматически рассматриваются как субъективные права в техническом смысле. Современные волевые теории учитывают критику классической её разновидности относительно того, что само предоставление возможности поведения нормой объективного права ещё не превращает эту возможность в субъективное право. Субъективным правом подобная возможность поведения становится лишь в том случае, если управомоченный вправе осуществлять её по своему усмотрению, что, как правило, предполагает закрепление за ним

[1] Ibid. P. 95–102.
[2] Frydrych D. What Is the Will Theory of Rights? // Ratio Juris. 2019. Vol. 32. Issue 4. P. 461.

распорядительных правомочий относительно предоставленной ему возможности поведения.

В принципе даже довольно неопределённое выражение «господство воли», которым оперировала классическая волевая теория субъективного частного, применимо к «распорядительной теории». Дело в том, что распорядительная власть и в самом деле придаёт индивидуальной воли распоряжающегося ключевое юридическое значение, рассматривает эту волю именно в качестве правопорождающего фактора. Сама по себе предоставленная субъекту возможность определённого поведения не является, строго говоря, проявлением «господства воли» этого субъекта. Скорее, это проявление «воли правопорядка», который эту возможность за соответствующим субъектом закрепил. В случае же с распорядительными правомочиями именно от воли управомоченного зависит, произойдёт ли возникновение, изменение или прекращение прав и обязанностей. Собственно, именно по этой причине и необходимо, чтобы закрепление за субъектом поведенческой возможности сопровождалось наделением его же распорядительными правомочиями в отношении неё.

Возможно возражение в том смысле, что и распорядительные правомочия также создаются и закрепляются за субъектами при помощи норм объективного права. Не следует ли тогда и распоряжение считать волей правопорядка? Это возражение не учитывает одного довольно важного обстоятельства. Разумеется, возможность распоряжаться правом возникает из нормы объективного права. Но для того, чтобы права возникли, изменились или прекратились, необходимо специальное волеизъявление субъекта, одной нормы права недостаточно. Между тем как просто возможность определённого поведения (фактического характера) можно закрепить за соответствующим субъектом даже помимо его воли. Правовые последствия в виде изменения его правовой сферы (наделения его правом) возникнут именно из нормы права и юридического факта (не являющегося сделкой). По этой причине *между распорядительными правомочиями и юридическими возможностями определённого поведения, которые не обладают распорядительным эффектом, существует принципиальная разница. И именно поэтому распорядительные правомочия можно трактовать как проявление «господства воли».*

Собственно говоря, можно даже сказать, что *«распорядительная» теория субъективного права отличается от классической волевой теории именно сравнительно более узкой, но и более точной трактовкой понятия «господство воли». Узкой, поскольку в понятие господства воли не включаются случаи «фактического господства», когда оно не сопряжено с возможностью по своему усмотрению изменять права и обязанности. Более точной, потому что в качестве синонима распоряжения правами в широком смысле слова господство воли теряет значительную часть своей неопределённости, за которую это понятие так критиковали противники волевой теории*.

То же самое представляется возможным констатировать также относительно понятия контроля, который приобретает большую семантическую определённость в рамках «распорядительной теории», нежели это имело место в классической волевой теории субъективного права. Контроль в «распорядительной теории» понимается прежде всего как свобода усмотрения в вопросах осуществления и распоряжения правом, а не «контроля над объектом». Это гораздо более чёткая трактовка.

Основная проблема «распорядительной теории» касается проблемы возможности обладания субъективными правами недееспособными и ограниченно дееспособными субъектами. Если существо субъективного права состоит прежде всего в возможности по своему усмотрению осуществлять и распоряжаться им, то отсюда вытекает особый акцент на активность самого управомоченного. Строго говоря, с этой точки зрения субъективное право, которое сам управомоченный лишён возможности осуществить, это не субъективное право вообще.

Между тем очевидно, что недееспособные не могут своими собственными действиями осуществлять или распоряжаться правами. В то же время частноправовая традиция исходит из прочно закрепившегося представления, согласно которому частично или полностью недееспособные лица могут обладать субъективными правами. Но в таком случае получается, что возможно обладать субъективными правами, не осуществляя их. Этот вывод крайне плохо согласуется с основными постулатами «распорядительной теории» субъективного права.

Для «распорядительной теории» возникает в связи с этим дилемма: либо признать, что недееспособные не могут обладать субъективными правами, либо объяснить каким-либо образом рассматриваемое противоречие. Первый вариант решения выглядит последовательным, но резко противоречит сложившимся веками представлениям и даже вызывает возражения этического характера. Готовы ли мы признать, что недееспособные не могут обладать правами, если они не в состоянии их осуществлять собственнымидействиями?

Даже если игнорировать этическую сторону этого вопроса, остаются трудности юридико-догматического порядка. Очевидно, что если не признавать недееспособного выгодоприобретателя носителем субъективного права, в качестве такового необходимо трактовать законного представителя. Последний, однако, осуществляет распорядительные правомочия в пользу выгодоприобретателя, т.е. не вполне свободно, не в собственных интересах и не по своему усмотрению. Это резко отличает его положение от положения управомоченного.

Традиционная точка зрения исходит из того, что недееспособные могут приобретать и обладать правами, но не могут их осуществлять собственными действиями. Но с точкизрения «распорядительной теории» существо субъективного права как такового сводится именно к свободе его осуществления и распоряжения им. В этом смысле сторонники

«распорядительной теории» находятся ещё в более худшем положении, нежели приверженцы классической волевой теории субъективного права. Для классической волевой теории сфера господства воли не ограничивалась исключительно распорядительными возможностями и в этом смысле не сводилась к свободе усмотрения в осуществлении права. Поэтому с гораздо большим основанием можно было бы утверждать, что существование и осуществление права – это не одно и то же, а поэтому можно обладать правами, не будучи при этом в состоянии осуществлять их своими собственными действиями. Для сторонников же «распорядительной теории» такое разграничение произвести труднее, поскольку существо субъективного права они видят именно в свободе его осуществления.

Традиционно в защиту волевой теории в рассматриваемом контексте выдвигают следующий аргумент. Несмотря на то что осуществление права по собственному усмотрению действительно является ключевым элементом конструкции субъективного (частного) права, строго говоря, не обязательно, чтобы она реализовывалась собственными действиями самого управомоченного. Здесь может действовать логика представительства, в которой действует представитель, а права и обязанности приобретает представляемый. Иными словами, действия представителя замещают активность представляемого. Закон рассматривает действия представителя, как если бы они совершались представляемым. И по этой причине у представляемого возникают, изменяются и прекращаются права и обязанности.

В этом смысле существование субъективного права действительно невозможно помимо возможности его осуществления. Чтобы получить реальный юридический эффект, необходимо совершение юридически значимых действий, необходима активность субъектов права. Это связано прежде всего потому, что основным видом юридических фактов в частном праве являются сделки. Большинство субъективных (частных) прав возникают, изменяются и прекращаются посредством совершения сделок. А это значит, что роль активности самих субъектов частного права трудно переоценить. Но это только подтверждает, что субъективное право и его осуществление, субъективное права и распоряжаемость оказываются неразрывно связанными между собой.

Другое дело, что активность одного субъекта может в некоторых случаях замещаться поведением других лиц. Это нетипично для частного права, но может иметь место в некоторых случаях. Но чисто теоретически это не противоречит принципу диспозитивности, особенно когда речь идёт о том, что лицо, чьи действия замещают поведение управомоченного, одновременно обязано при их совершении руководствоваться интересами управомоченного. Последнее обстоятельство исключает возможность рассматривать представителя субъектом того права, которое он осуществляет от имени и в интересах представляемого. Дело в том, что, осуществляя права своими действиями, он лишён законной возможности осуществлять права

по собственному усмотрению, поскольку в силу закона обязан осуществлять их в интересах представляемого. Одно это исключает наличие у представителя «суверенитета», свободы выбора относительно судьбы осуществляемого права.

Вместе с тем эта концепция всё же не убеждает до конца. Что бы мы не говорили, но в данном случае мы имеем дело с тем, что субъективное право принадлежит одному лицу, а осуществляется действиями другого лица. Одного этого достаточно для обоснования тезиса, в соответствии с которым существование субъективного права и осуществление субъективного права не являются одним и тем же. Применение юридической фикции замещения действия одного лица действием другого лица мало помогает. Если встать на этот путь, то можно любые действия одного лица «вменять» другим и это выхолостит понятие субъективного права окончательно.

Очевидно, что субъективные права недееспособных действительно представляют собой серьёзную проблему для «распорядительной теории» субъективного права и не получили адекватного объяснения в её рамках. Другой вопрос, является ли этот недостаток «распорядительной теории» столь уж критическим, чтобы отвергнуть всю теорию. С содержательной точки зрения проблема приобретения и осуществления субъективных прав недееспособными или частично недееспособными лицами не является центральной проблемой частного права. Скорее, речь идёт о не очень типичном для частноправовой модели регулирования феномене.

Напротив, приобретение и осуществление субъективных прав своими действиями представляет собой общее правило и является типичным отражением существа частного права. Возможность приобретать и осуществлять частные права своими действиями отражает основополагающие основы частного права – принципы автономии воли и диспозитивности. По существу основные частноправовые институты сформированы таким образом, чтобы создать для субъектов частного права возможности своими действиями приобретать и осуществлять субъективные права.

Случаи же, когда частные права принадлежат одним лицам, а осуществляются действиями других лиц, представляют собой исключение. Исключение как в плане содержания частноправового регулирования, поскольку это типичный случай, в соответствии с которым формируются подавляющее число частноправовых институтов и регулятивных техник. Исключением эти случаи являются в плане частоты возникновения в реальной практике экономического оборота.

Проведём мысленный эксперимент. Представим себе, что недееспособными являются буквально все лица. Возможно ли в таких условиях существование частного права? Очевидно, нет. Это уже будет не частное право, а, скорее, право социального обеспечения. Все базовые

институты, категории и конструкции частного права смонтированы с учётом действия принципа автономии воли. Права должны приобретаться и осуществляться по инициативе самих субъектов частного права. Весь механизм частного права – это юридическая техника обеспечения частной инициативы. А теперь представим себе частное право без института недееспособности. Возможно ли оно теоретически? Очевидно, что основные институты и конструкции частного права могут функционировать в подобном формате и отсутствие института недееспособности не изменит их функционал. Разумеется, наличие норм, защищающих недееспособных, желательно. Но и в случае с правами недееспособных их кто-то должен приобретать своими действиями и осуществлять своими действиями. Иного в режиме автономии воли невозможно представить. Проведённый мысленный эксперимент, как представляется, позволил понять, почему случай осуществления частных прав собственными действиями – правило, а «замещение» активности управомоченного действиями его представителя в силу закона – исключение в частном праве. Буквально все институты частного права сконструированы таким образом, что их использование предполагает сознательную активность самих субъектов права.

Иначе говоря, «распорядительная теория» довольно хорошо объясняет типичные для частного права случаи, когда частные права и обязанности приобретаются, изменяются и прекращаются собственными действиями управомоченного, и плохо объясняет исключения, когда права закрепляются за одним лицом, а осуществляются действиями другого лица.

Второй момент, на которой следует обратить внимание в связи с анализом проблемы субъективных прав недееспособных, касается следующего. Частное право рассчитано, в первую очередь, на активность самих субъектов по приобретению и осуществлению прав. По существу, недееспособные могут рассматриваться как обладающие субъективными правами только потому, что частное право обладает специальной юридической инфраструктурой, с помощью которой возможно *замещение* их собственных юридически значимых действий фактическим поведением иных (обладающих дееспособностью) лиц. Таким механизмом, в частности, является представительство.

Иначе говоря, для того чтобы недееспособные могли рассматриваться в частном праве как полноценные (потенциальные) обладатели частных прав, а следовательно, как полноценные участники гражданского оборота, необходим специфический юридический механизм, в результате применения которого распорядительные акты, совершенные иными лицами, рассматриваются в качестве распорядительных актов, совершаемых самими недееспособными. Без наличия этого механизма недееспособный не может «подключиться» к юридической инфраструктуре частного права (в первую очередь, заключать сделки), поскольку вся юридическая инфраструктура частного права рассчитана на собственную активность субъектов.

Уже из одного этого следует то, что одного обладания интересом, даже всеми признаваемым и бесспорным («существенным»), недостаточно для того, чтобы квалифицировать выгодоприобретателя в качестве носителя субъективного права. Пример с правами недееспособных не опровергает, а, напротив, подтверждает важность обладания распорядительными правомочиями. В самом деле, недееспособные только потому могут рассматриваться в качестве полноценных носителей субъективных прав, что существует механизм замещения их поведения действиями других лиц, причём последние рассматриваются как совершённые самими недееспособными.

Исходя из вышеизложенного, становится понятным, почему обладание распорядительными правомочиями, которые осуществляются субъектами по собственному усмотрению, является для частного права типичным случаем, в то время как разделение возможности пользования благом, с одной стороны, и способности контролировать это благо (распорядительные правомочия), с другой стороны, является исключением. Частное право предполагает способность субъекта собственными действиями совершать юридически значимые акты. В конечном итоге всегда требуется собственная активность субъекта. Поэтому в том случае, когда субъект не может сам такую активность осуществлять, необходимо не просто замещение этой активности действиями другого лица, необходимо, чтобы результат этих действий атрибутировался самому (недееспособному) субъекту, а не реально осуществляющему их лицу. В стандартном же случае, когда субъект способен формировать юридически значимую волю самостоятельно, такой механизм замещения не требуется. Но в любом случае кто-то должен *своими действиями* создавать юридические акты. «Нормальность» или стандартность для частного права случая обладающего дееспособностью субъекта заключается как раз в том, что его собственная активность по приобретению и осуществлению частных прав ему же и атрибутируется, т.е. права рассматривается как ему принадлежащие. В случае же с недееспособными аналогичного эффекта можно добиться только с использованием замещения действий одного лица действиями другого. И для этого требуется специальная дополнительная юридическая инфраструктура. По этой причине рассматриваемый случай должен быть квалифицирован как нестандартный, требующий применения особой юридической техники.

Но и в этом случае довольно хорошо видно значение распорядительных действий для понятия субъективного права. Только подключение особого механизма замещения распорядительных действий даёт возможность рассматривать недееспособных в качестве носителей субъективных прав. Таким образом, аргумент относительно прав недееспособных не опровергает, а, скорее, подтверждает распорядительную теорию.

Существует, однако, ещё один аргумент против распорядительной теории, который тесно

связан с предыдущим, хотя и «переворачивает» его. Если на примере субъективных прав недееспособных так очевидно значение распорядительных правомочий для понятия субъективного права, то возникает соблазн вообще квалифицировать представителя, а не недееспособного выгодоприобретателя в качестве обладателя субъективного права, которое он осуществляет своими действиями, но от имени в пользу недееспособного. В самом деле, зачем усложнять, если можно просто отождествить реализацию распорядительных правомочий с обладанием субъективными частными правами? Это упростило бы аналитику категории субъективного права.

Проблема в данном случае заключается в том, что применительно к представительству, органам юридического лица и некоторым другим случаям, в которых частное право использует технику замещения, распорядительные правомочия осуществляются представителями, органами юридического лица и т. п. не по собственному усмотрению, а от имени и в пользу выгодоприобретателя. Иными словами, степень диспозитивности в данном случае нетипично для частного права мала. Некоторые современные теоретики частного права даже квалифицируют все подобные случаи замещения в качестве «частной службы» (*privates Amt*)[1]. Отсутствие возможности для представителя полноценно осуществлять распорядительные правомочия по собственному усмотрению препятствует возможности рассматривать соответствующие юридические возможности в качестве субъективного права, поскольку, как указывалось выше, именно свобода выбора составляет, по мнению сторонников современной волевой теории, основу понятия субъективного права. Таким образом, сам факт осуществления субъектом распорядительных правомочий не делает его обладателем субъективного права. Необходимо ещё, чтобы указанные правомочия осуществлялись по собственному усмотрению.

Собственно, свобода и усмотрение при осуществлении субъективного права как его необходимый признак прямо вытекает как из существа принципа автономии воли, так и из волевой теории субъективного права, являющейся концентрированным выражением принципа автономии воли. В нормальном случае, т.е. когда речь идёт о дееспособном субъекте частного права, распорядительная власть вообще трудно отделима от свободы осуществления права. Как уже многократно отмечалось выше, фундаментальное свойство распоряжаемости (по крайней мере, в господствующей сегодня её трактовке Г. Хартом) как раз и состоит в свободе выбора между действием и отказом от действия (осуществлять или не осуществлять, инициировать защиту или нет и т. д.), который принадлежит управомоченному.

Применительно к ситуации, когда в качестве управомоченного выступает недееспособный, ситуация модифицируется. Проблема состоит в том, что в данном случае ни

[1] Jacoby F. Das private Amt. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007.

сам недееспособный, ни его законный представитель не могут рассматриваться как в поной мере действующие по собственному усмотрению. Именно отсутствие способности к рациональному выбору, которая характеризует недееспособного, заставляет использовать специфический механизм замещения его воли волей представителя. Но последний при этом тоже не обладает свободой усмотрения, поскольку должен действовать в пользу представляемого.

На основании вышеизложенного можно сделать вывод, что именно юридическая техника замещения является ключевым элементом, который позволяет превратить два элемента (защищённый доступ к благу у недееспособного и распорядительные правомочия у законного представителя), ни один из которых не может рассматриваться в качестве субъективного права, в единую конструкцию.

Классическая ситуация, когда дееспособный субъект частного права своими действиями и по собственному усмотрению осуществляет право, тоже в скрытой форме содержит оба элемента. Во-первых, это некоторые интересы, которые управомоченный желает реализовать. Поскольку субъект обладает достаточной интеллектуальной зрелостью, то он самостоятельно определяет, что является его интересом и как он может быть реализован. По этой причине понятие интереса замещается понятием свободы усмотрения. Во-вторых, это распорядительные возможности, при помощи которых контролируется поведение пассивного субъекта. Общим у обоих элементов действительно является свобода выбора, возможность усмотрения. Поэтому эти два элемента не требуют специального выделения применительно к правам дееспособных и могут быть резюмированы понятием свободы усмотрения.

В «неклассической» ситуации прав недееспособных ситуация не выглядит столь однозначно. Первый элемент, наличие у обладателя права интереса, не может быть выражен посредством категории свободы усмотрения, поскольку, как уже многократно указывалось выше, недееспособный не обладает необходимой интеллектуальными качествами для осуществления свободы усмотрения. Но и второй элемент, распорядительные правомочия, тоже осуществляется представителем не вполне свободно, а исключительно в интересах представляемого. Понятие интереса в данном случае служит для фиксации этого «служебного» характера активности представителя. Поскольку недееспособный не может самостоятельно определять, что соответствует его интересам, а действия по реализации его права осуществляет представитель, то представитель должен быть связан некоторым абстрактным нормативным критерием, который определяет его деятельность по реализации права недееспособного и на концептуальном уровне фиксирует «служебный» характер осуществления им прав представляемого. В качестве такого и можно рассматривать интерес (недееспособного).

Соответственно, применительно к осуществлению представителями прав недееспособных то, что в классической конструкции было слито в рамках формулы «свободы усмотрения», оказалось разделённым на два элемента: интерес (который не может быть для случая прав недееспособного «переведён» в понятие свободы усмотрения, поскольку отсутствует базовая рациональная способность) и осуществление права собственными действиями (прежде всего, совершение распорядительных действий). Они связываются друг с другом при помощи принципа вменения. Действия представителя по осуществлению права представляемого вменяются последнему, т.е. рассматриваются, *как если бы* они были совершены самим недееспособным (1). При этом границы свободы представителя изначально ограничены необходимостью действовать в интересах представляемого недееспособного (2). Наконец, реализация этой гибридной конструкции (интерес и действия представителя) вовне рассматриваются как реализация субъективного права, *как если бы* один субъект (управомоченный) действовал по собственному усмотрению (3). В этом и состоит существо юридической техники замещения.

Очевидно, что сами по себе ни интерес, ни реализация распорядительных правомочий «в служебном порядке» (т.е. в интересах другого) не могут порождать эффект, который порождает классическое субъективное право (дееспособного) только при помощи вышеописанных довольно сложных конструкций, выражающих суть замещения. Лишь при помощи этого довольно громоздкого механизма оказывается возможным приравнять рассматриваемую ситуацию к эффекту субъективного права в собственном смысле. Иными словами, речь идёт о специфическом случае, который невозможно считать типичным или точкой отсчёта для построения теории субъективного права.

Резюмируя вышеизложенное, можно сказать следующее. Анализ случая обладания частными правами со стороны недееспособных лиц может привести к выводу о том, что эта ситуация лучше описывается теорией интереса, а не волевой теорией (например, в версии распорядительной теории). Однако он не имеет под собой серьёзных оснований. Защита интереса недееспособного, юридическое обеспечение его доступа к социальным благам возможно в частном праве лишь путём предоставления возможности (законному представителю) осуществлять и защищать интерес недееспособного. Соответственно, базовые правомочия, обычно входящие в состав любого субъективного права, оказываются разделёнными между недееспособным и его законным представителем, ни один из которых, исходя из объёма закреплённых за ним правомочий, не может рассматриваться как полноценный носитель субъективного (частного) права: недееспособный, потому что не обладает и не может обладать распорядительными правомочиями, его законный представитель, потому что его свобода усмотрения при осуществлении права ограничена интересами

недееспособного. И только особая юридическая техника замещения «объединяет» эти два элемента и рассматривает их совместную реализацию по аналогии с нормальным случаем осуществления субъективного права. Только подобным образом и можно добиться необходимого эффекта.

Это положение интересно сравнить с тем, как в аналогичном контексте работает основной конкурент волевой теории субъективного права, теория интереса. С точки зрения теории интереса субъективное право существует там, где есть существенный интерес, требующий защиты. Очевидно, что недееспособные лица обладают интересом в участии в частноправовых отношениях, в приобретении субъективных прав и юридических обязанностей. Поэтому приобретение недееспособными субъективных прав с точки зрения теории интереса проблемы не представляет.

Но возникает другая проблема: как отделить существенный интерес, который даёт основания для предоставления субъективного права, от несущественного. Наиболее очевидно эта проблема получила выражение в ситуациях, когда третьи лица получают косвенные выгоды от существования некоторой юридической обязанности. Например, когда исполнение обязательства осуществляется должником третьему лицу. В данном случае третье лицо не является обладателем субъективного права, но, несомненно, обладает интересом в исполнении обязанности в свою пользу. Управомоченным же в техническом смысле, носителем субъективного права будет как раз то лицо, которое обладает распорядительными правомочиями относительно юридической судьбы права и обязанности.

Иными словами, хорошо объясняя случай с субъективными правами недееспособных лиц, теория интереса оказывается не способной отделить ситуации обладания субъективным правом от ситуаций, когда лицо приобретает доступ к благу вследствие того, что оно является адресатом (выгодоприобретателем) исполнения юридической обязанности. Для теории интереса активность и инициатива самих субъектов частного права не имеют решающего значения. Если права представляют собой юридически защищённые интересы,то обеспечить юридическую защиту интересов можно не только независимо от, но и прямо помимо воли самого управомоченного. Поэтому принцип диспозитивности по существу вообще игнорируется в рамках теории интереса. Более того, теория интереса вообще не различает частного и публичного права. Ведь ключевой элемент диспозитивности и дозволительного характера частноправового регулирования оказывается исключённым, а интересы существуют и в публичном праве, например, уголовное право также защищает частные интересы путём запрещения посягательств на неприкосновенность личности.

Волевая теория ориентирована на признание ценности частной автономии, юридическим выражением которой является принцип автономии воли. Теория интереса, напротив,

основополагающим считает не автономию, а благосостояние индивида[1]. Однако начало благосостояния индивида, в отличие от принципа автономии воли, не отражает специфики частноправового регулирования. Благосостояние в той же мере защищается и обеспечивается нормами публичного права.

Таким образом, теория интереса хорошо объясняет один или несколько второстепенных с точки зрения частного права случаев, наподобие субъективных прав недееспособных, но за это приходится заплатить высокую цену игнорирования принципа диспозитивности. «Распорядительная теория», напротив, довольно неплохо объясняет именно центральные институты частного права, для которых характерно действие принципа диспозитивности, но недостаточно удовлетворительно объясняет периферийную для цивилистики область приобретения и осуществления субъективных прав недееспособными. Обе теории не в полной мере отражают свой эмпирический базис.

Теория интереса игнорирует принцип автономии воли, то, что в частном праве права приобретаются и осуществляются в первую очередь собственными действиями управомоченного. Частное право, по существу, представляет собой особый дозволительный механизм, при помощи которого частные субъекты могут реализовывать свои цели. Базовое представление сторонников теории интереса состоит в том, что субъекты являются более или менее пассивными носителями «интересов», которым правопорядок присваивает защиту, причём частно, даже независимо от воли самих субъектов. *В известном смысле для теории интереса все субъекты частного права – это своего рода «недееспособные».*

«Распорядительная теория», напротив, склонна игнорировать случаи, когда индивид не может своими действиями приобретать и осуществлять частные права, хорошо объясняя при этом диспозитивный характер частноправового регулирования. Типичным субъектом она считает профессионального предпринимателя.

Какую же из двух теорий, каждая из которых не лишена недостатков, следует предпочесть? Ту, которая хорошо объясняет центральные институты частного права, но игнорирует то, что находится на периферии, или ту, которая хорошо объясняет некоторые случаи, находящиеся на периферии, но игнорирует центральные институты? Как представляется, ответ очевиден и выбор следует сделать в пользу первого варианта.

Таким образом, недостаток в объяснительной модели «распорядительной теории» вряд ли может быть признан критическим, учитывая то, что он касается периферийной проблемы частного права, а также то, что альтернативные теоретические модели обладают ещё большими недостатками.

Ещё один аргумент против распорядительной теории касается того, что при желании её

[1] Samner L.W. The Moral Foundation of Rights. Oxford: Clarendon Press, 1987. P. 97.

можно редуцировать к теории интереса. Особенно это касается волевой теории в версии Веллмана. В самом деле, если основной «смысл» концепции субъективного права состоит в обеспечении господства или приоритета воли управомоченного лица в определённой сфере, то нельзя ли утверждать, что в данном случае защищается специфический интерес управомоченного?[1]

Основная проблема этого возражения состоит в крайней неопределённости понятия интереса, ситуация вообще крайне типичная для теории интереса. Конечно, можно назвать интерес в автономии ключевым для конструкции субъективного права. Точно так же в конструкции договора в пользу третьего лица можно назвать выгодоприобретателя носителем интереса и кредитора (промиссара) тоже можно назвать носителем интереса, но в другом смысле. Что это даст с точки зрения понимания сути, т.е. того, кто является в подобном обязательстве управомоченным? Сама по себе функция обеспечения автономии не объясняет главного – *какими юридико-техническими средствами эта автономия (интерес, функция, цель) обеспечивается*. По этой причине введение категории интереса здесь ровным счётом ничего не объясняет. При этом с социологической точки зрения использование категории интереса и в этом и в других случаях может быть вполне легитимным. Действительно, институты частного права выполняют функции, а распорядительные правомочия предоставляются субъектом частного права в их интересах и для целей реализации автономии. Но это будет уже иное исследование и другая дисциплина.

Наконец, ещё одно распространённое возражение против распорядительной теории касается ситуаций, в которых обычно принято говорить о правах в субъективном смысле слова, но где выгодоприобретатели не обладают свободой их осуществления по собственному усмотрению (т.е. распорядительными правомочиями в хартианском смысле). Речь идёт, главным образом, о публично-правовых благах, когда интересы личности (жизнь, свобода, неприкосновенность и т.п.) защищаются в уголовно-правовом или конституционном порядке. В данном случае действительно выгодоприобретатель не обладает возможностью по собственному усмотрению защищать свой интерес, поскольку это осуществляется государством *ex officio*.

Представляется, что все эти случаи нельзя квалифицировать в качестве обладания субъективными правами. Если их и именовать правами, то исключительно в каком-то специфическом метафорическом смысле слова. Субъекты в рассматриваемых ситуациях лишены возможности контролировать осуществление и защиту своего интереса, они выступают как выгодоприобретатели, защита интересов которых от их усмотрения не зависит. Для публичного права это нормальная ситуация. Но не для частного. По этой причине, строго

[1] Frydrych D. The Architecture of Rights: A thesis submitted for the degree of Doctor of Philosophy in Law. Oxford University, 2015. P. 161 (https://ora.ox.ac.uk/objects/uuid:8a0f3763-e786-42d6-bd62-b9eee7ad36c7).

говоря, понятие субъективного права – это категория частного права.

* * *

1. Основной заслугой Герберта Харта стало формальное обоснование тезиса, в соответствии с которым существо субъективного права состоит в более или менее полном контроле управомоченного над закреплённой за ним возможностью поведения, который отождествляется с распоряжением в широком смысле слова.

2. В дальнейшем предложенный Хартом критерий субъективации юридической возможности удалось уточнить. В частности, К. Веллман установил, что понятию контроля над юридической возможностью соответствует сложная структура элементов, в состав которых обязательно входят правовая власть и свобода поведения (или, выражаясь языком континентального частного права, секундарное право и право на собственное поведение фактического характера), поскольку только способность распоряжаться правом в более или менее широком смысле может гарантировать установление контроля надправом.

3. По сравнению с континентальными вариантами современной волевой теории субъективного права (которую можно с долей условности назвать «распорядительнойтеорией») Харт максимально широко понимает распоряжение правом. Общим признаком распорядительного эффекта, по мнению Харта, является способность управомоченного отказаться от осуществления и защиты права. Если у управомоченного существует право выбора относительно определения юридической судьбы права, то речь должна идти о распорядительном эффекте и, соответственно, о субъективном праве в техническом смысле слова.

4. Максимально близким континентальным эквивалентом теории Харта следует считать теорию Ойгена Бухера. Харт, однако, в отличие от Бухера, не разграничивает резко осуществление и распоряжение правами, поскольку осуществление (отказ от осуществления) права несёт способы модифицировать его содержание.

5. Основной недостаток «распорядительной теории» в духе Г. Харта состоит в том, что она плохо объясняет случаи, в которых определённое субъективное право существует у одного лица (недееспособного), но осуществляется действиями другого лица. В подобных случаях нельзя говорить, что существо субъективного права состоит в свободе его осуществления (собственными действиями управомоченного). Однако, как представляется, недостаток основного конкурента «распорядительной» теории, современной теории интереса, носит куда более серьёзный характер, поскольку исходит из того, что все обладатели интереса являются автоматически носителями субъективных прав. Помимо того, что это противоречит в ряде случаев принятым в частном праве представлениям, теория интереса полностью игнорирует

связь между субъективным правом и принципом автономии воли. В известном смысле для теории интереса все субъекты частного права являются «недееспособными», поскольку именно случай наделения правами недееспособных «доказывает», с точки зрения теории интереса, что воля управомоченного является юридически иррелевантной и может замещаться волей других лиц.

6. Основное достоинство «распорядительной теории» субъективного права состоит как раз в демонстрации связи между конструкцией субъективного права и принципом автономии воли. За основу конструкции субъективного права взят именно случай, когда право приобретается и осуществляется собственными действиями управомоченного. Вся система частного права по существу и представляет собой инфраструктуру обеспечения частной инициативы. По этой причине невозможно себе представить частного права, в котором собственная активность субъектов не была бы общим правилом.

3.5. Субъективное частное право как распорядительная власть

Представляется необходимым произвести аналитическую реконструкцию логики теорий, которые существо субъективного права видели в тех или иных проявлениях его распорядительного эффекта, будь то осуществление или защита права по усмотрению самого управомоченного.

Первый тезис, на котором представляется необходимым остановиться, заключается в следующем. Как ни парадоксально это может показаться на первый взгляд, но именно тяготеющие к формализму и строгим версиям юридического позитивизма школы и направления серьёзнее всего отнеслись к анализу и интерпретации классического представления, согласно которому субъективное право представляет собой господство воли.

Связано это обстоятельство, как представляется, как ни парадоксально, именно с их общей юридико-позитивистской установкой. В самом деле, признание примата объективного права и воли правопорядка, которая находит своё выражение именно и прежде всего в нормах объективного права, означает одновременно, что правопорядок может закреплять за волей отдельных своих субъектов, частных лиц, способность по своему усмотрению порождать правовые последствия. Иначе говоря, объективное право может частично делегировать нормотворческую компетенцию частным лицам.

При этом речь идёт именно о делегировании правовой власти, т.е. способности порождать, изменять и прекращать права и обязанности, а не о любой возможности поведения, предоставляемой субъекту частного права нормой объективного права. Классическая волевая теория субъективного права не отделяла случаи господства воли управомоченного, в которых управомоченный обладает правовой властью компетенционного характера, т.е. способностью создавать, изменять или прекращать права и обязанности, от ситуаций, в которых за управомоченным просто закреплялась возможность определённого повеления фактического характера, не связанная с изменением чужой (или собственной) правовой сферой (например, правомочия пользования вещью). И то и другое считалось проявлением господства воли, поскольку, если понимать господство воли в максимально широком и достаточно неопределённом смысле, обе категории поведенческих возможностей действительно могут рассматриваться в качестве проявлений господства воли.

Столь широкая трактовка господства воли невозможна в рамках зрелых версий юридико-позитивистских концепций. Юридический позитивизм исходит из того, что правотворческая функция монополизирована правопорядком, а также что воля правопорядка получает своё выражение в нормах объективного права. Правовое регулирование представляет собой преимущественно осуществление норм объективного права. В рамках такой концепции

субъективное право может пониматься исключительно как делегированная объективным правом частному лицу компетенция.

Однако далеко не любая поведенческая возможность, закрепляемая объективным правом за частными лицами, может считаться делегированной компетенцией. Делегированием могут считаться только те случаи, когда от воли частного субъекта зависит, будет ли иметь место юридический эффект, т.е. возникновение, изменение или прекращение частных прав или обязанностей. В тех же случаях, когда содержанием предоставляемой объективным правом частному лицу поведенческой возможностью будут действия фактического характера, эту возможность поведения не следует считать делегированной компетенцией, поскольку она не предоставляет лицу возможности создавать, изменять или прекращать частные права.

Другими словами, господство воли частного субъекта в условиях господства «воли» объективного права может проявляться как делегированная частному лицу со стороны объективного права способность создавать, изменять или прекращать права и обязанности. Т.е. субъективное право мыслится по модели объективного права. Подобно тому, как воля национального правопорядка является единственным источником права (т.е. способности возлагать на субъектов обязательные предписания), так и воля частного лица признаётся господствующей исключительно в случае, когда она способна создать обязательные предписания для других лиц. Последнее же в условиях юридического позитивизма возможно только в случаях, когда такая правовая власть закрепляется за субъектом в нормах объективного права.

Именно в этом смысле следует понимать замечание Герберта Харта, что носитель субъективного права является «сувереном в небольшом масштабе» (*small scale sovereign*)[1]. Иначе говоря, положение носителя субъективного права моделируется по образцу государства, обладающего суверенитетом. А суверенитет предполагает прежде всего обладание нормотворческой компетенцией, способностью создавать права и обязанности для субъектов права. Соответственно, «суверенитетом в небольшом масштабе» может обладать лишь тот, кто обладает способностью создавать права и обязанности для субъектов права. Отсюда и вывод, что субъективным правом может быть исключительно способность создавать (изменять или прекращать) права и обязанности субъектов права, а не любая юридическая возможность поведения, если она не связана с правопорождающей функцией.

Вторая проблема, которая требует анализа в связи с интерпретацией категории субъективного права в рамках юридико-позитивистской традиции, касается того, по какой причине среди распорядительных правомочий особый упор делается именно на возможность принудительного осуществления права через юрисдикционный механизм. В некоторых

[1] Hart H.L.A. Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Theory. P. 183.

влиятельных версиях юридико-позитивистских теорий (у Тона и Кельзена) право на иск в материально-правовом смысле вообще рассматривается как единственное проявление контроля управомоченного над корреспондирующей его праву юридической обязанностью. В других случаях понятие распорядительных правомочий, создающих господство или контроль, трактуется шире, включая сюда инициативу в (внеюрисдикционном) осуществлении права (или отказ от его осуществления). Однако и в этом случае свобода усмотрения относительно защиты права, распоряжение средством защиты рассматривается как важнейший элемент господства воли управомоченного.

Причины этой фиксации на инициативе в принудительном осуществлении права носят частично исторический характер. Связано это, главным образом, с тем, что в рамках континентально-правовой цивилистической теории понятие субъективного права сформировалось из римского понятия «*actio*». В римском праве акцент делался на защите и принудительном осуществлении прав. Претор определял, какой из нарушенных интересов заслуживает юридической защиты и предоставления *actio*. В случае положительного решения истцу предоставлялось специальное средство защиты, которое и называлось actio. Таким образом, вопрос о том, подлежит ли нарушенный интерес правовой защите, решался после факта его нарушения или умаления. В этом смысле субъективное право вытекало из предоставления права на иск, а не наоборот, как в современном праве. Это историческая особенность повлияла на всю последующую традицию трактовки соотношения материального права и права на защиту.

Вторая причина акцента на правомочии принудительного осуществления права связана с одним из важнейших тезисов большинства юридико-позитивистских теорий. Речь идёт о принуждении как признаке права. По мнению большинства версий юрисдико- позитивистской теории, способность к принудительному осуществлению составляет важнейший признак права. Соответственно, логично предположить, что при такой трактовке способность инициировать принудительное осуществление права должна рассматриваться как важнейшая (а нередко и единственная) характеристика содержания самого субъективногоправа.

Иные распорядительные правомочия (помимо права на иск в материально-правовом смысле) не связаны с возможностью инициировать принудительное осуществление права. По этой причине они не могут рассматриваться как правомочия, обеспечивающие правовую власть, юридический контроль над корреспондирующей праву юридической обязанностью, поскольку контроль по этой логике – это не просто способность изменять права и обязанности, а прежде всего способность их принудительной реализации. В этом смысле реализация обычного секундарного права создаёт лишь предпосылку осуществить в будущем принудительно вновь возникшую (путём реализации секундарного права) юридическую обязанность, но сама по себе

не обладает способностью к принудительному осуществлению.

Подобная ограничительная трактовка правовой власти не выдерживает критики. Прежде всего, отпали исторические причины, которые заставляли концентрироваться на принудительном осуществлении права и придавать меньшее значение осуществлению права на донарушенной стадии развития правоотношения. Современные правовые системы больше не представляют собой только механизмы защиты прав, а являются всеобъемлющими системами социального регулирования. В связи с этим ослабла и жесткая связь между правом и государственным принуждением, которая характеризовала более ранние версии юридического позитивизма.

Но основная причина несостоятельности исключительного фокуса на распоряжении средствами защиты, на принудительном осуществлении права состоит в другом. Если трактовать субъективное право как правовую власть, способность инициировать правопорождающий эффект, то именно секундарное право должно представлять собой модель субъективного права вообще. В самом деле, почему Тон и Кельзен концентрировали своё внимание исключительно на праве на иск в материальном смысле? Очевидно, потому что именно в возможности осуществить право помимо воли обязанного лица при помощи государственно-принудительного механизма они видели ситуацию, максимально выражающую способность управомоченного изменять чужую правовую сферу. Но ведь любое секундарное право по самой своей структуре представляет собой способность управомоченного односторонним волеизъявлением изменить чужую правовую сферу независимо от воли лица, чьи права и обязанности при этом изменяются. Единственное отличие между ситуациями состоит в том, что во втором случае не применяется государственное принуждение, не задействуется механизм судебной защиты. Но является ли это отличие с современной точки зрения столь важным, чтобы исключать секундарные права из числа субъективных лишь на этом основании[1]?

Третья проблема, связанная с понятием распорядительных действий и с проявлениями принципа диспозитивности частноправового регулирования, касается соотношения между осуществлением права и распоряжением правом. Весомый вклад в разъяснение этой проблемы внёс Ойген Бухер. Он предложил формальное разграничение между осуществлением и распоряжением правами, которое к осуществлению права относит требование (явно выраженное или подразумеваемое) о необходимости исполнить корреспондирующую праву

[1] Речь в данном случае, естественно, идёт о точке зрения Тона и Кельзена, рассматривавших секундарные права как правомочия особого рода потому, что они не обладают способностью к принудительному осуществлению. Более традиционная точка зрения исключает секундарные права из числа субъективных на том основании, что секундарному праву не корреспондирует юридическая обязанность. Однако эта точка зрения не может быть принята теми, кто рассматривает субъективное право как правовую власть, а не просто как право требования.

обязанность. Требование о необходимости исполнить обязанность обладает правопорождающим эффектом в том смысле, что только требование об исполнении окончательно фиксирует параметры юридической обязанности (управомоченный может отказаться от осуществления права или потребовать лишь частичного исполнения обязанности). Вместе с тем, по мнению Бухера, предъявление требования (притязания) не обладает распорядительным эффектом в строгом смысле слова, поскольку не имеет окончательного характера (управомоченный может в любой момент изменить своё решение о предъявлении или непредъявлении притязания, как и объёме исполнения).

Это разграничение представляется в известной смысле искусственным. Бухер квалифицирует субъективное право как вид правотворческой компетенции, буквально, как правомочие создавать нормы. Следовательно, он исходит из того, что акт предъявления требования, притязания обладают непо средственным правопорождающим (правоизменяющим или правопрекращающим эффектом), т.е. являются правовой властью в собственном смысле слова. Такая трактовка не позволяет обнаружить существенных отличий между распоряжением и осуществлением права, поскольку в обоих случаях речь идёт об одностороннем изменении чужих прав и обязанностей. Различие между двумя ситуациями состоит лишь в степени производимого изменения, но не в его качественных характеристиках.

По этой причине следует согласиться с позицией Герберта Харта, который не разделял чётко осуществления права и распоряжения правом, трактуя в качестве субъективного права любую возможность более или менее полного контроля управомоченного над судьбой юридической обязанности.

При этом необходимо иметь в виду то обстоятельство, что Тон и Кельзен никогда не отождествляли свободу усмотрения управомоченного относительно средств защиты права (право на иск в материально-правовом смысле слова) в качестве разновидности распорядительной власти. Бухер же прямо и недвусмысленно разделял осуществление и распоряжение правами. Тем не менее, как представляется, есть существенные основания для интерпретации осуществления и защиты права как проявлений распорядительной власти в широком смысле слова.

Решающим аргументом в пользу такой трактовки является то обстоятельство, что формальные теории Тона, Кельзена и Бухера представляют собой синтез двух традиций: пандектистики и юридического позитивизма. Рассматриваемые теории смогли вписать понятие субъективного права, понимаемого в пандектистском духе как «господство воли», в рамки позитивистского типа правопонимания, в котором источником права является воля государства. Для этого, особенно у Кельзена, используется теория делегации правотворческой компетенции. Национальный правопорядок, объективное право делегирует

частному лицу способность создавать (индивидуальные) нормы права. В теории частного права способность изменять собственную и чужую правовые сферы (т.е. создавать, изменять или прекращать права и обязанности) как раз и называется правомочием компетенционного типа (power у Харта) или секундарным правом. Основное содержание такого рода правомочий составляет распоряжение правами и обязанностями. Отсюда становится очевидной связь делегированной компетенции с понятием распоряжения.

Одновременно и понятие господства воли хорошо монтируется с понятиями делегированной компетенции и распоряжения правами. В рамках классических представлений понятие господства воли трактовалось чрезмерно широко, что создавало определённые проблемы, прежде всего касательно разграничения объективного и субъективного права. Если же трактовать господство воли узко, в смысле «компетенции» способности создавать, изменять или прекращать права и обязанности, то неопределённость устраняется. «Господство воли» в таком случае следует трактовать в том смысле, что конкретный юридический эффект, права и обязанности породить может только волеизъявление управомоченного субъекта, хотя при этом эта способность произвести юридический эффект производна от объективного права. Иначе говоря, общая норма санкционирует способность частного субъекта породить определённый юридический эффект, но оставляет решение вопроса о том, будет ли этот юридический эффект действительно произведён, на усмотрение самого управомоченного частного субъекта. «Господство воли» управомоченного как раз и будет заключаться в том, что именно он принимает суверенное решение о возникновении, изменении или прекращении прав и обязанностей, его волю нельзя «обойти». «Господство воли» заключается в конечном итоге в наличии способности порождать (изменять, прекращать) права и обязанности, т.е. осуществлять распорядительные действия.

Таким образом, можно говорить о том, что существует связь понятий «компетенция», «господство воли» и «распоряжение». Несмотря на то что именно Тон, Кельзен и Бухер внесли наибольший вклад в понимание этой связи, никто из них не использовал понятие «распоряжение» как «общий знаменатель» или средний термин, соединяющий понятия «компетенция» и «господство воли». Применительно к Тону и Кельзену, как уже указывалось выше, это объясняется тем значением, которое они придавали принудительности как важной характеристике права. Проще говоря, установить контроль, обеспечить «господство воли» может только тот, кто способен обеспечить это господство и помимо воли других лиц, что в условиях раннепозитивистского правопонимания было равнозначно способности инициировать использование государственного принуждения для осуществления права. При такой трактовке действительно господство и контроль равнозначны только способности принудительно осуществлять.

Такая узкая трактовка делегированной компетенции в частном праве вызывает возражения. Далеко не все волеизъявления субъектов частного права, обладающие распорядительным эффектом, т.е. создающие, изменяющие или прекращающие права и обязанности, непременно относятся к защите права. Именно на это обратил внимание О. Бухер, который трактовал всю сферу осуществления права как проявление способности создавать нормы (т.е. компетенцию в смысле Кельзена). Бухер отмечал, что именно осуществление права, например, в форме предъявления требования об исполнении обязанности определяет окончательный вид юридической обязанности (поскольку управомоченный может вообще отказаться от осуществления права, и тогда обязанность не будет реализована вообще, либо предъявить требование в меньшем объёме, чем имеет право, тогда обязанность буде исполнена в ином объёме). По этой причине осуществление права обладает характером компетенции, т.е. способна изменять права и обязанности. Бухер также отождествлял компетенцию и господство воли Но при этом Бухер решительно отказывался отождествлять оба этих понятия с понятием распоряжения. При этом разграничить осуществление права (прежде всего, путём предъявления требования об исполнении) и распоряжение правом Бухеру довольно сложно. Ведь осуществление права рассматривается им как конкретизация обязанности, уточнение её содержания. Но это означает, что осуществление права обладает несомненным распорядительным эффектом, так как то, что будет обязан исполнять должник, окончательно определяется кредитором путём предъявления требования об исполнении. Указанная сложность отделения осуществления от распоряжения правами обусловлена тем, что Бухер моделировал осуществление права по образцу компетенции, которая, как отмечалось выше, всегда предполагает наличие распорядительного эффекта.

Таким образом, интерпретация «господства воли» в смысле наличия компетенции создавать, изменять или прекращать права и обязанности требует и интерпретации «господства воли» в смысле распорядительной способности. Именно это последнее обстоятельство отличает современное понимание «господства воли» от пандектистских теорий субъективного (частного) права. Для современных волевых теорий субъективного права характерен акцент на *юридико-технических особенностях,* которые позволяютвыделять автономную категорию субъективного права. В соответствии с этой логикой субъективное право представляет собой особое специфическое регулятивное средство, с помощью которого в частном праве реализуется принцип автономии воли. При помощи понятия субъективного права выражается специфический частноправовой механизм правонаделения, заключающийся прежде всего в способности частных лиц по своему усмотрению создавать, изменять или прекращать права и обязанности. Иными словами, фиксируется тот факт, что индивидуальной воле придаётся правопорождающая функция. В этом сторонники современной волевой теории видят суть

«господства воли».

Это гораздо более узкая трактовка «господства воли», чем его классическое пандектистское понимание. В данном случае проявлениями «господства воли» считаются не любые поведенческие возможности, предоставленные субъекту объективным правом, а лишьте из них, которые обладают распорядительным эффектом, который при этом трактуется достаточно широко. Это решает проблему разграничения объективного и субъективного права, которая выглядела неразрешимой в рамках классической волевой теории. Субъективное права теперь рассматриваются как делегированная объективным правом компетенция распорядительного характера. Это одновременно постулирует примат объективного права и специфическую функцию, которую выполняет категория субъективного права в механизме правового регулирования. Наличие этой специфической функции одновременно позволяет постулировать автономию субъективного права, его несводимость к объективному праву при сохранении общего примата последнего. Именно в этом смысле следует понимать фразу Г. Харта о носителе субъективного права как «суверенев небольшом масштабе».

Таким образом, основная функция категории субъективного права несколько меняется по сравнению с той ролью, которая ей отводила классическая (пандектистская) модель частного права. В рамках классической модели частного права субъективное право рассматривалась как центральная категория всей дисциплины частного права, отражающая сам способ организации и базовую структуру частного права. Частное право (в объективном смысле) трактовалось прежде всего как система частных прав. Субъективные права рассматривались как различные виды господства субъектов над различными видами объектов (материальные вещи, чужое поведение или нематериальные объекты). Соответственно, содержание частного права составляли различные способы «господства воли» субъектов над объектами. При подобном понимании «господство воли» рассматривалось больше как фундаментальная черта самой социальной реальности, т.е. в онтологическом ключе. Автономия воли и её важнейшее выражение, категория субъективного права, производны от социальных практик и конвенций, являются их проекцией в праве.

Современная волевая теория не предполагает ни столь широкой трактовки «господства воли», ни лежащего в его основе представления о частном праве как «праве господства» над различными объектами. Понятие «господство воли» стало более функциональным и аналитически более строгим. Господство понимается уже не как отношение к объекту, а как правотворческая компетенция, способность изменять права и обязанности. Элемент

«господства» над объектом сохранился в семантике понятия, но теперь он понимается прежде всего как способность юридического контроля над правом (и обязанностью), т.е. как распорядительная способность в её широком понимании. Соответственно, меняется и роль

категории субъективного права в частном праве: здесь понимание сдвигается в сторону его трактовки в функционалистском духе как особой юридической техники. При этом основополагающая роль категории субъективного права для цивилистики сохраняется, но трактуется не онтологически, а функционально. Другими словами, «господство воли» из базовой структуры реальности становится способом регулирования, особой юридической технологией.

Одним из серьёзных возражений против рассматриваемой трактовки понятия распоряжаемости прав и распоряжения правами может быть то, что эта трактовка чрезмерно сильно увязывает распоряжение частными правами и осуществление частных прав. Между тем существуют случаи осуществления частных прав, которые не обладают распорядительным эффектом[1]. Например, речь может идти об актах осуществления права, которые предполагают исключительно совершение управомоченным фактических действий, а не совершение сделок, как это имеет место применительно к пользованию вещью – объектом права собственности. Другой пример подобного рода – реализация гражданской правоспособности, когда это возможно просто путём совершения фактических действий, например, предложение делать оферты[2].

Соответственно, можно определённо заключить, что существуют чётко идентифицируемые категории актов, которые представляют собой инстанции осуществления частных прав, но не обладают при этом распорядительным эффектом. Можно ли в таких условиях отказываться от разграничения свободы осуществления прав и свободы распоряжения правами (в широком смысле)? Ту же мысль можно выразить иначе. Следует ли принцип диспозитивности трактовать сугубо в распорядительном духе (предполагая, что свобода усмотрения при осуществлении права всегда обладает распорядительным эффектом в той или иной мере) или всё же необходимо разграничивать осуществление и распоряжение правами?

Строго аналитически нет никаких оснований интерпретировать осуществление частных прав сугубо в фокусе распоряжения частными правами. В самом деле, свобода осуществлять или не осуществлять частное право (или правоспособность) при помощи фактических действий сама по себе не изменяет ничьих прав и обязанностей, но в то же время является проявлением принципа свободы осуществления прав по собственному усмотрению управомоченного. Другими словами, существуют ситуации, когда свобода усмотрения осуществления прав существует и является инстанцией принципа диспозитивности, но при этом не обладает

[1] Frydrych D. Architecture of Rights: A thesis submitted for the degree of Doctor of Philosophy in Law. P. 101.

[2] Юридическая возможность совершать оферту не может, вероятно, рассматриваться в качестве примера совершения сугубо фактических действий, поскольку, совершив оферту, соответствующее лицо изменило свои и чужие права и обязанности, что равнозначно наличию распорядительного эффекта действия при широком понимании распоряжения.

распорядительным эффектом. Соответственно, нет никаких формальных оснований отождествлять свободу осуществления и свободу распоряжения частнымиправами.

И всё же, как представляется, этот формальный аргумент не учитывает некоторых важных особенностей проблемы соотношения категорий осуществления и распоряжения частными правами.

Прежде всего, как убедительно продемонстрировал О. Бухер, содержание юридического императива (чаще всего юридической обязанности, коррелирующей субъективному праву) окончательно конкретизируется в акте осуществления управомоченным своего права. Применяя эту мысль к анализируемым ситуациям, можно сказать, что абстрактнаявозможность пользоваться правом или совершать оферты и конкретный акт пользования правом или совершения оферты – это не одно и то же, поскольку степень конкретизации правового положения управомоченного в конкретном случае осуществления права выше. Совершив акт осуществления правом, управомоченный изменил в определённом отношении свой правовой статус и создал предпосылки для появления у иных лиц определённых юридических возможностей применительно к соответствующей конкретной ситуации. Кроме того, конкретизация определила более чётко и круг субъектов, которые могут быть потенциально затронуты вследствие совершения акта осуществления права: если до совершения такого акта речь могла идти о любых субъектах, то совершение акта в конкретном контексте индивидуализирует круг соответствующих субъектов.

Второй момент, который имеет здесь существенное значение, касается того, что свобода усмотрения осуществления прав в любом случае, даже если она не обладает сама распорядительным эффектом в узком смысле слова, вообще-то говоря, таким эффектом обладает. Дело в том, что свобода осуществления предполагает выбор, т.е. возможность отказа от осуществления. Иными словами, свобода усмотрения позволяет рассматривать любой акт осуществления права как совершенный в условиях, когда он мог быть не совершён вообще. А следовательно, и конкретизация прав, обязанностей, круга субъектов, которая произошла, могла не произойти вообще. Соответственно, именно от реализации свободы усмотрения управомоченного зависят (потенциальные) изменения в правовом положении некоторого круга субъектов, связанных с соответствующей ситуацией. Это заставляет говорить о наличии в рассматриваемых случаях своеобразного *проторапорядительного эффекта* свободы усмотрения осуществления частных прав.

Наконец, третий момент, на который уместно обратить внимание в связи с анализом соотношения понятий осуществления и распоряжения частными правами, касается следующего. Действительно, с формально-логической точки зрения ситуации, когда свобода осуществления правом обладает распорядительным эффектом, и ситуации, когда она

подобным эффектом не обладает, являются равнозначными. Однако являются ли они равнозначными с содержательной точки зрения? Какая из ситуаций является более типичной для частного права? Очевидно, что значительная часть категорий и институтов частного права своим существованием обязана как раз тому, что существует свобода распоряжения правами. Связано это в первую очередь с тем, что частное право моделирует отношения между субъектами, а отношения действия одного лица всегда оказывают влияние на статус другого лица. Соответственно, распорядительный эффект в том или ином его виде (производный от способности менять правовой статус) всегда присутствует в частном праве. Напротив, ситуации, в которых субъект совершает фактические действия, которые вообще не затрагивают чужую правовую сферу, не очень типичны для частного права и не требуют особо подробного правового регулирования[1].

Сказанное позволяет понять те основания, которые определяют возможность рассматривать акты осуществления прав в свете понятия распоряжения правами. Большая часть инфраструктуры частного права предполагает распорядительный эффект. Соответственно, ситуации с наличием распорядительного эффекта важнее для частного права, чем те, в которых распорядительный эффект отсутствует. Это и обуславливает убедительность распорядительной трактовки осуществления права.

Ещё одно важное возражение против широкой трактовки категории распоряжения касается некоторой изначальной неопределённости, которая существует относительно логического объёма понятия распоряжения в широком смысле слова. В самом деле, хартианская трактовка распоряжения подразумевает под ним довольно широкий круг действий, в который входит и предъявление требования об исполнении обязанности (отказ от предъявления требования), и инициирование защиты нарушенного права (отказ от защиты), и предъявление требования о принудительном осуществлении права (отказ от такового). Именно возможность отказа от реализации соответствующих правомочий служит своеобразным текстом, с помощью которого можно понять, что действия обладают распорядительным эффектом. Логика здесь выглядит следующим образом. Возможность несовершения соответствующего акта означает, что в конечном итоге юридический эффект (возникновение, изменение или прекращение частных прав и обязанностей) зависит от воли управомоченного. С этой точки зрения любой подобный акт совершается под знаком возможности отказа от его совершения и поэтому автоматически носит распорядительный характер.

Именно поэтому Харт и его сторонники не сильно заботятся, например, о чётком разграничении сознательного акта отказа от осуществления права (который фактически

[1] Именно по этой причине целый ряд авторитетных авторов вообще отказывался рассматривать акты осуществления прав при помощи фактических действий как юридически релевантные.

трактуется по модели отказа от права) от простого неосуществления права, когда воля субъекта может отсутствовать вообще или, по крайней мере, не обладает распорядительным эффектом. На практике одно от другого отличить крайне сложно. И того факта, что управомоченный должен понимать, что любой юридически значимый акт (не) совершается им на фоне возможности (не)совершения, достаточно для того, чтобы вменить ему последствия (не)совершения. Именно на этом, среди прочего, основано действие исковой давности, а также различных других институтов частного права, как *protestatio facto contraria* или германский институт *Verwirkung*. Разумеется, на уровне концептуального анализа отказ от права можно отграничивать от отказа от осуществления права. Но практическая проблема состоит в том, что если управомоченный в систематической манере отказывается от осуществления права, то юридический эффект такого поведения вполне сопоставим с эффектом отказа от права. Основное сходство между двумя рассматриваемыми ситуациями как раз в том и заключается, что в обоих случаях помимо воли управомоченного никакой юридический эффект не может быть достигнут.

По этой причине в непроведении чёткой границы между отказом от права и отказом то его осуществления есть существенные основания. Это, по существу, продемонстрировал и О. Бухер, который, с одной стороны, предлагал чётко отличать осуществление права от распоряжения правом, а с другой стороны, наделял акты осуществления права распорядительным эффектом и именно таким образом определял их специфику.

Отсутствие чёткой границы между рассматриваемыми феноменами позволяет исходить из гибкого и относительно широкого понимания распоряжения. При подобном понимании отсутствие некоторых элементов, обычно относимых к распорядительной власти в её стандартном понимании, не влечёт всегда вывода об отсутствии распорядительной власти вообще. Не существует некоторого обязательного набора распорядительных правомочий, наличие или отсутствие которых является своеобразным тестом для обнаружения распорядительной власти. Скорее, существует некоторый типичный набор распорядительных актов, но наличие каждого из элементов в конкретном случае не является обязательным.

Сказанное, как представляется, позволяет ответить на возражение, связанное с наличием в частном праве нераспоряжаемых прав. Речь идёт в первую очередь о личных правах и правоспособности. Прежде всего, распорядительные элементы, по крайней мере при широкой трактовке распоряжения, присутствуют и здесь – в виде свободы осуществлять права (правоспособность). В некоторых случаях осуществление права фактическими действиями прямо имеет распорядительный эффект (конкретизация права в акте его осуществления в смысле теории О. Бухера). В некоторых случаях совершение фактических действий обладает косвенным распорядительным эффектом, создавая предпосылки для возникновения

распорядительных возможностей (пример с предложением делать оферты).

Даже если отвергнуть столь широкую трактовку распоряжения, не удастся уйти от того факта, что наличие распорядительного эффекта является гораздо более типичным для частного права, чем его отсутствие. По этой причине можно отказаться трактовать правоспособность в качестве субъективного права в техническом смысле слова, и это не изменит общего тезиса о распорядительной природе субъективных частных прав[1].

Таким образом, на основании вышеизложенного представляется возможным сделать вывод, что ключевым признаком понятия субъективного права в современных частноправовых системах является значительная степень распорядительной власти, закреплённой за управомоченным и гарантирующей ему контроль за юридической судьбой права (и корреспондирующей праву юридического императива – обязанности или связанности). Ту же мысль представляется возможным выразить следующим образом: субъективное частное право представляет собой распорядительную власть, доведённую до высокой степени контроля управомоченного относительно юридической судьбы принадлежащего ему права.

[1] Собственно, проблема юридической природы правоспособности является в цивилистической литературе дискуссионной. Основным предметом дискуссии как раз и являются сомнения в субъективно-правовой природе правоспособности.

Глава 4. Спорные проблемы распорядительной теории субъективного частногоправа

4.1. Субъективное частное право как право на чужое поведение и принцип правонаделения

Понятие «право на чужие действия» относится к ряду широко известных и часто употребляемых в теории частного права. При этом поразительно мало текстов посвящено непосредственно теоретическому анализу этой категории как в отечественной цивилистике, так и, что ещё более парадоксально, в зарубежной доктрине. Причиной тому является, вероятнее всего, кажущаяся простота категории права на чужие действия, её интуитивная очевидность и прозрачность. С этой точки зрения куда больший интерес способна вызвать и вызывает в науке частного права категория «право на собственное поведение», относительно которой в цивилистике всегда существовали постоянные дискуссии. В случае же с понятием права на чужие действия всё на первый взгляд представляется более или менее ясным.

Если дать себе труд резюмировать некоторый общий итог представлений о понятии права на чужое поведение, которые существуют в рамках цивилистической догматики и одновременно получили признание в качестве доминирующих сегодня, то его (итог) можно свести примерно к нескольким основным элементам.

Основу догматической конструкции «права на чужие действия» составляет противопоставление права на чужое поведение праву на собственное поведение. Другими словами, смысл рассматриваемой категории существует лишь применительно к дихотомии, одним из двух элементов она и является. Это обстоятельство в свою очередь оказывает серьёзное влияние на интерпретацию права на чужое поведение в одном важном аспекте.

Дихотомия «собственное/чужое поведение» предполагает наличие в содержании соответствующего права активного элемента, который реализуется самостоятельно управомоченным лицом. Только если в случае с правом на собственное поведение этотэлемент самостоятельной активности управомоченного лица с очевидностью вытекает из содержания самого права (на *собственное* поведение), то в отношении права на чужое поведение такой элемент, отсылающий к собственной активности управомоченного лица, *prima facie* определить не представляется возможным.

С другой стороны, его признаки, пусть и в «зашифрованном виде», но поддаются определению. В отечественной цивилистике и в иностранных частноправовых доктринах для обозначения понятия права на чужое поведение используются ещё два широко известных термина: право требования и притязание. Оба термина как раз весьма хорошо фиксируют особенность права на чужое поведение, которая и поражает его известного рода амбивалентность, сложность его логического анализа. Дело в том, что и то и другое понятия

фиксируют этот самый активный компонент, акцентируют активность самого управомоченного, который имеет право *требовать, притязать* на поведение должника. Таким образом, несмотря на то что содержанием права является необходимость совершения определённых действий и (или) воздержания от совершения определённых действий, оно не может быть охарактеризовано *исключительно* через обязанность должника.

Второй элемент догматической конструкции права на чужое поведение составляет принцип корреляции, соответствия между субъективными правами и юридическими обязанностями. Согласно этому принципу ни субъективное частное право, ни юридическая обязанность не могут существовать в отрыве друг от друга. Субъективное частное право существует только потому, что существует обязанность, его обеспечивающая, а содержание права соответственно определяется необходимостью совершения действий (бездействия), которые составляют содержание соответствующей юридической обязанности. Более того, по мнению авторитетных теоретиков, субъективное частное право может быть лишь искусственно выделено, абстрагировано для целей теоретического анализа, но не более того. Первичным типом социальной связи является именно правоотношение как единство взаимных прав и обязанностей, а не какой-то один из его элементов.

Может возникнуть впечатление, что именно применительно к правам требования эта концепция соответствия прав обязанностям, а обязанностей правам довольно хорошо работает. В самом деле, в данном случае содержанием права является необходимость совершения должником определённых действий (или воздержания от действий). Никакого иного элемента, помимо необходимости выполнения обязанности, в субъективном праве не содержится. Однако сразу же становится очевидным определённый парадокс: если вся основная нагрузка перенесена на поведение обязанного лица, в чём же заключается элемент управомоченности?

Опять-таки, цивилистическая и теоретико-правовая традиция использует для фиксации правового положения управомоченного также понятие «активный субъект», а для фиксации положения должника – «пассивный субъект». Для случаев управомоченного к самостоятельному поведению (субъективное право на собственное поведение) проблем с пониманием, в чём же заключается этот «активный» статус управомоченного, не возникает. Его активность непосредственно вытекает из содержания права на собственное поведение, которое ему предоставлено.

Гораздо сложнее обстоят дела со вторым элементом дихотомии – правом на чужое поведение. В рассматриваемом случае трудно сразу и однозначно определить, почему управомоченное лицо (предположим, кредитор в обязательстве) является активным субъектом. Ведь очевидно, что от активности именно кредитора, управомоченного лица, мало что зависит. Основная нагрузка перенесена на поведение и активность должника, лица обязанного. Его

поведение обеспечивает реализацию интереса кредитора, и от его активности зависит реализация права кредитора. «Кредиторский элемент», активность управомоченного лица не добавляет в этот баланс ровным счетом ничего или добавляет крайне мало.

Таким образом, можно констатировать некоторое напряжение между двумя основными «несущими элементами» догматической конструкции права на чужое поведение. С одной стороны, принцип корреляции, соответствия между субъективными частными правами и юридическими обязанностями диктует необходимость свести, редуцировать субъективное право к юридической обязанности применительно к правам на чужое поведение. С другой стороны, дихотомия «права на собственное и чужое поведение» предполагает активность управомоченного и его определяющую роль в развитии соответствующего правоотношения, которая, однако, плохо монтируется с принципом корреляции.

Необходимо подчеркнуть, что именно права на чужое поведение представляют особый интерес с точки зрения того напряжения между активностью управомоченного и обязанного лиц, которое в данном случае приобретает выпуклый характер. В связи с этим имеется определённый смысл сделать попытку разобраться в этом вопросе. Предварительно представляется возможным наметить основные линии предстоящего анализа. В порядке первого приближения возможны два варианта.

Во-первых, можно пойти по пути частичной корректировки тезиса о корреляции, соответствии между субъективными частными правами и юридическими обязанностями. В таком случае необходимо определить те элементы права на чужое поведение, которые не охватываются необходимостью определённого поведения обязанного лица. Только в таком случае право и обязанность окажется возможным осмысленно отличать друг от друга даже на уровне аналитической операции. Такие попытки предпринимались в цивилистической доктрине, но каждая из них встречала серьёзные возражения и порождала дискуссию. По этой причине представляется необходимым рассмотреть все указанные теоретические модели, а равно и критические замечания, высказанные против них.

Во-вторых, вероятно, можно, опираясь на безусловное принятие тезиса о корреляции между субъективными частными правами и юридическими обязанностями, подвергнуть ревизии тезис о том, что субъективное частное право всегда предполагает активность самого управомоченного лица и что центр тяжести в конструкции субъективного частного права всегда смещён в пользу управомоченного и его автономного поведения. Такого рода теоретические модели по очевидным причинам труднее доказать, хотя и подобныетеоретические конструкции получили определённое признание в цивилистической литературе. Теоретические построения этого типа вообще плохо известны в отечественной литературе и поэтому уже заслуживают теоретической реконструкции.

Вообще, как указывалось выше, юридико-логический анализ категории «право на чужое поведение» и парадоксы, связанные с ним, не стали до сих пор предметом пристального внимания и интереса отечественных цивилистов, что делает задачу привлечения интереса к этой проблеме актуальной и уместной.

В настоящей работе предпринимается попытка анализа первой возможности, т.е. ставится задача исследовать те аналитические модели и теоретические конструкции, которые выдвигались в цивилистической литературе в пользу частичной корректировки принципа корреляции (соответствия между субъективными частными правами и юридическими обязанностями).

Исходным тезисом моделей данной группы является волевая теория субъективного (частного) права. В соответствии с последней, как известно, субъективное частное право гарантирует и обеспечивает управомоченному сферу автономии, внутри которой только сам управомоченный вправе определять собственное поведение и – в той мере, в какой это необходимо для обеспечения сферы частной автономии, – поведение других лиц. Иными словами, конструкция субъективного частного права всегда предполагает чётко очерченную сферу господства индивидуальной воли управомоченного, сферу его автономного самоопределения, в которой ему обеспечена высокая степень свободы выбора модели поведения. Важно отметить, что подобного рода понимание субъективного частного права уже в момент своего формирования не делало различий между разновидностями прав, например, правами на собственное или на чужое поведение. И в том и в другом случае обладание субъектом (субъективным) правом предполагает закрепление исключительной сферы господства над определённым объектом.

В таком случае даже применительно к правам на чужое поведение необходимо выделить в соответствующем субъективном частном праве такие элементы, которые можно было бы интерпретировать как проявления господства управомоченного над соответствующим объектом. В цивилистической литературе выделялись три группы юридических возможностей, которые существуют у субъекта частного права на чужое поведение и которые можно было бы интерпретировать в качестве проявлений «господства воли» управомоченного. В настоящей главе будет проанализирована одна из этих групп. Две другие планируется подвергнуть специальному рассмотрению в рамках отдельных работ.

Прежде всего необходимо отметить, что от взора проницательных исследователей не укрылось то обстоятельство, что права на чужое поведение отличаются от прав на собственное поведение. В. М. Хвостов отмечал в этой связи: «Характер господства здесь не тот, какой мы отметили для вещных прав. Господство кредитора не состоит в возможности равномерного и длительного воздействия на объект права, а выражается лишь в том, что должник находится как

бы в состоянии связанности и рискует подвергнуться определённым имущественным последствиям, если не совершит надлежащим образом действия, составляющего предмет обязательств»[1]. При этом реализация этой «связанности» и «риска» зависит исключительно от инициативы и усмотрения кредитора.

Самым очевидным и безусловным кандидатом на проявление «автономной», «инициативной» природы права на чужое поведение является правомочие требовать от обязанного лица фактического осуществления им того типа поведения (действий или бездействия), который является объектом соответствующей юридической обязанности. Всамом деле, само закрепление за определённым лицом юридической обязанности совершить определённые действия или воздержаться от их совершения в пользу определённого лица не означает, что обязанное поведение автоматически будет совершено. Ведь если кредитор не наделён правом требовать исполнения должником своей обязанности, то технически его трудно считать кредитором в собственном смысле слова по крайней мере по нескольким причинам.

Прежде всего на первый взгляд представляется, что поведение кредитора, его активность не имеет никакого юридического значения с точки зрения осуществления его права и исполнения обязанности. Всё это целиком зависит от поведения должника. Ведь речь идёт о праве на *чужое поведение*, т.е. на поведение должника. Соответственно, решающее значение имеет именно поведение должника, а кредитор остаётся пассивным реципиентом исполнения или, как часто в таких случаях говорят сторонники теории субъективного частного права как интереса, дестинатором, выгодоприобретателем исполнения. Всё это плохо согласуется с идущим от волевой теории субъективного частного права представлением об активном характере юридической позиции управомоченного лица в рамках соответствующего правоотношения.

В данном случае необходимо понимать следующее: сам факт того, что основная нагрузка в удовлетворении интереса кредитора ложится в случае с правами на чужое поведение не на самого кредитора, а осуществляется действием или бездействием должником, не способен ничего сказать о юридической природе того интереса, который удовлетворяется поведением должника. Важно то, как обязанность чужого поведения связана с возможностями кредитора своими действиями инициировать осуществление этой обязанности. Ведь мыслимы и весьма широко распространены в публичном праве ситуации, когда выгодоприобретатель обязанности определённого поведения вообще лишён возможности как-то повлиять на то, что обязанность в его пользу будет на практике реализована, поскольку реализация обязанности связывается не с требованием кредитора, а должна осуществляться автоматически при наступлении определённых юридических фактов, не предполагая согласия или даже минимальной

[1] Хвостов В.М. Система римского права. М.: Юрайт, 2019. С. 68.

активности со стороны самого выгодоприобретателя.

В случаях с субъективным правом на чужое поведение ситуация складывается совершенно иным образом. Как правило, без того, чтобы кредитор не потребовал исполнения обязанности, исполнение не производится. Существуют, конечно, ситуации, в которых должник вправе осуществить исполнение независимо от воли кредитора. Это имеет место, например, в случае исполнения денежного обязательства в безналичной форме. Аналогичная ситуация имеет место в случае с помещением предмета исполнения в депозит нотариуса или суда. Тем не менее в большинстве случаев исполнение должником своей обязанности требует некоторой формы активности, содействия со стороны кредитора.

Иными словами, необходимо чётко различать две ситуации. В первой ситуации должник исполняет обязанность без оглядки на то лицо, в пользу которого исполнение осуществляется. Воля последнего вообще никак не участвует в процессе реализации его интереса (исполнения обязанности). Во второй ситуации обязанность осуществляется либо исключительно в связи с требованием кредитора (обязательства, определяемые моментом востребования), либо активность кредитора имеет решающее значение с точки зрения исполнения обязанности (необходимость содействия кредитора).

Даже если полагать, что в случае отказа кредитора обязанность в некоторых случаях можно исполнить помимо его воли, то это ровным счётом ничего не меняет в положении самого управомоченного. Его право *не* принимать исполнение оказывается вполне реализованным, несмотря на то, что должник с точки зрения закона считается исполнившим свою обязанность. Уже это обстоятельство само по себе указывает, хотя и косвенно, на *неэквивалентность субъективного права и юридической обязанности* там, где они, казалось бы, по определению должны быть эквивалентны (права на чужое поведение).

Несмотря на то что рассматриваемая точка зрения может считаться господствующей, она натолкнулась на серьёзные возражения со стороны части доктрины. Основной упрёк состоит в том, что требование кредитором исполнения носит фактический, а не юридический характер, другими словами, не является конститутивным моментом с точки зрения осуществления исполнения обязанности. Это лишь некоторое фактическое сообщение, носящее скорее информационный характер и не влияющее на юридическую судьбу ни права требования, ни юридической обязанности.

Ещё один аргумент тесно связан с предыдущим. Будучи сугубо фактическим обстоятельством, требование произвести исполнение не является производным от соответствующего субъективного права, а, скорее всего, вытекает из общей гражданской правоспособности субъектов частного права. В самом деле, ведь ничто не мешает требование заявить не кредитору, а иному лицу. Поскольку речь идёт о сугубо фактических действиях,

которые никоим образом не связаны с субстратом обязанности, то и эффект этого сообщения будет одинаков независимо от того, осуществит его настоящий кредитор или любое иное лицо.

С последним аргументом тесно связан ещё один. В соответствии с ним не существует никакого запрета любому лицу, в том числе и неуправомоченному, требовать исполнения обязанности от должника. Для того чтобы стать исключительной прерогативой кредитора, правомочие требовать исполнения обязанности должно быть только у кредитора. Другими словами, совершение указанных действий должно быть нормой права, дозволено исключительно кредитору и запрещено всем иным лицам. Только в таком случае можно обнаружить необходимую связь между обладанием субъективным частным правом на чужое поведение и правомочием требовать осуществления этого поведения. В ином случае такой необходимой связи не просматривается и правомочие требовать произвести исполнение логичнее рассматривать как связанное с общей гражданской правоспособностью.

Приведенные аргументы – ни по отдельности, ни в совокупности – не способны, как представляется, служить убедительным опровержением наличия «активного» элемента в праве на чужое поведение. Прежде всего трудно согласиться с тем, что требование кредитора произвести исполнение обладает исключительно фактическим характером «сообщения», выполняя при этом лишь коммуникативную функцию и не обладая конститутивным значением с точки зрения динамики развития соответствующего правоотношения. Это просто неверно применительно к обязательствам, исполнение которых определяется моментом востребования. Кроме того, требование произвести исполнение прерывает течение срока исковой давности. И это обстоятельство уж точно трудно квалифицировать в качестве лишённого какого бы то ни было юридического значения «сообщения» кредитора (или иноголица) независимо от того типа относительного правоотношения, о котором идёт речь.

Как указывалось выше, существуют, безусловно, некоторые типы относительных обязанностей, исполнение которых теоретически и практически можно осуществить независимо от воли кредитора, а следовательно, не принимая во внимание активность последнего. В таком случае мы должны прийти к выводу, что существуют случаи, когда интерес управомоченного на чужое поведение реализуется исключительно посредством деятельности должника и не требует со стороны кредитора никакого участия. Однако даже если и допустить, что применительно к некоторым типам относительных правоотношений правомочие кредитора требовать исполнения юридически иррелевантно, то необходимо учитывать, что активность кредитора не исчерпывается лишь правомочием требовать исполнения. Как будет показано ниже, юридически активная позиция кредитора и его автономия в относительном правоотношении находят свое выражение в целом ряде правомочий, по крайней мере некоторые из которых должны принадлежать кредитору для того,

чтобы его право могло быть квалифицировано в качестве субъективного частного права *stricto sensu*.

Кроме того, применительно к денежным обязательствам с уплатой долга в безналичной форме возможность должника исполнить свое обязательство вообще без содействия, проявления какой бы то ни было меры активности и инициативы со стороны кредитора определяется скорее техническими особенностями безналичных расчётов, а не существом права кредитора или корреспондирующей ему обязанности. Это подтверждается, среди прочего, уже тем, что ничто не может помешать кредитору, обнаружившему на своем счету перечисленную помимо его воли сумму денежных средств, произвести перевод этой суммы обратно. Опять-таки, перевод также произойдёт в результате односторонних действий теперь уже со стороны кредитора. Тот факт, что в рассматриваемом случае и должник, и кредитор обладают фактической возможностью игнорировать волю своего контрагента, свидетельствует, что указанная возможность является результатом особенностей безналичных расчётов, а не вытекает с необходимостью из понятия права на чужое поведение и корреспондирующей ему обязанности.

Что касается возможности для должника освободиться от исполнения обязанности помещением предмета исполнения в депозит нотариуса или суда, если кредитор отказывается его принять, то само по себе наличие подобной возможности также не свидетельствует в пользу юридической иррелевантности поведения кредитора в соответствующих случаях. Совершение должником указанных действий *приравнивает* эти действия к исполнению в техническом смысле слова, которое подразумевает определённую степень активности и содействие со стороны кредитора. В данном случае в интересах должника установлено исключение из правила, которое позволяет защитить его интерес в отсутствии просрочки исполнения, поскольку риск просрочки резко возрастает в ситуации, когда кредитор отказывается принимать исполнение.

Кроме того, тот факт, что отсутствует санкция за непринятие исполнения со стороны кредитора, свидетельствует об отсутствии у кредитора обязанности принять исполнение. Для того чтобы такого рода обязанность могла быть констатирована, необходимо предусмотреть неблагоприятные последствия, связанные с несоблюдением подобного рода обязанности. Это означает, что кредитора можно по решению суда заставить либо принудительно исполнить свою обязанность по принятию исполнения, либо уплатить штрафную санкцию за отказ от её исполнения. О наличии подобного рода норм в какой-либо из известных частноправовых систем нам ничего не известно.

Да, формально текст закона может говорить об обязанности принять исполнение применительно, например, к договорам купли-продажи и подряда, но сложно себе представить

принудительное осуществление обязанности кредитора принять исполнение, если он того не желает. Естественно, кредитор в этом случае должен будет возместить убытки должника, связанные с отказом от принятия исполнения, если таковые возникнут. Но обязанность возмещения убытков является не санкцией за непринятие исполнения, а санкцией за причинение должнику имущественного ущерба кредитором. И уж тем более определённо нигде не предусматривается возможность уплаты штрафа за отказ принятьисполнение.

Второе обстоятельство, на которое обращали внимание критики правомочия требовать исполнения, касается того, что указанное правомочие вытекает, вероятнее всего, из общей гражданской правоспособности, закреплённой за любым субъектом частного права, а не за субъектом конкретного приобретённого права на чужое поведение. Авторы, склонные занимать подобную точку зрения, рассуждают примерно следующим образом: требование произвести исполнение, если его считать сугубо фактическим действием, носящим исключительно коммуникативную функцию, может быть с одинаковым эффектом произведено как управомоченным лицом, так и любым иным субъектом частного права. С сугубо фактической точки зрения эти действия, будут они совершены кредитором или третьим лицом, обладают одинаковым значением, точнее, *не обладают никаким.* Ведь интерес кредитора реализуется всецело активностью должника, нередко, как отмечалось неоднократно выше, и помимо воли кредитора. В таком случае чем правовое положение кредитора в рассматриваемом отношении отличается от правового положения третьего лица? Соответственно, возможность требовать исполнения не следует рассматривать в качестве производной от права кредитора, а имеет смысл трактовать в качестве элемента гражданской правоспособности любого субъекта частного права. При такой трактовке становится очевидным, почему теоретически любое третье лицо может «заявить» должнику о необходимости произвести исполнение в пользу кредитора.

Проблема анализируемой точки зрения состоит в том, что её основой, как указывалось выше, является представление о сугубо фактическом характере возможности требовать исполнения. Только если речь идёт о не обладающем правовым значением «заявлении» о необходимости исполнить обязанность, кредитор и третье лицо, делающие подобные «заявления», могут рассматриваться как находящиеся в одинаковом положении. Как только оказывается, что с «заявлением» кредитора закон связывает наступление определённых юридических последствий, а с совершенно аналогичным по содержанию «заявлением» третьего лица – абсолютно никаких юридических последствий, ситуация радикально меняется. В таком случае более логичным представляется связывать возможность предъявления требования об исполнении с фактом обладания правом кредитора, а не сфактом обладания общей гражданской правоспособностью.

Вместе с тем, как отмечают критики правомочия требовать исполнения обязанности, закон ведь не запрещает никому, в том числе и третьим лицам, выступать с подобного рода «заявлениями» к должнику о необходимости исполнить обязанность кредитору. А если не существует общего запрета на совершение подобного рода «заявлений» третьими лицами, то правовую возможность требовать исполнения нельзя считать «исключительной», т.е. вытекающей только из факта обладания субъективным правом кредитора на чужоеповедение.

Это очень интересный и глубокий аргумент. Основу его составляет совершенно корректное, полагаем, представление о том, что субъективное частное право должно в той или иной мере всегда обладать характером уникальной, «исключительной» правовой возможности. «Исключительность» юридической возможности в данном случае понимается в том смысле, что её носитель обладает тем, чем не обладают иные лица, ему можно то, чего нельзя больше никому. Соответственно, применительно к рассматриваемому нами случаю возможность делать «заявления» о необходимости исполнения обязанности не исключена нидля кого, значит, она не может обладать той степенью «исключительности», уникальности, которой должна обладать юридическая возможность, чтобы её можно было трактовать в качестве субъективно-правовой.

Несмотря на крайне высокий теоретический уровень приведённой аргументации, с ней не представляется возможным согласиться. Основная ошибка в данном случае, какпредставляется, заключается в некорректной трактовке существа и функции запрета в частном праве. Взгляд, изложенный выше, исходит из имплицитной предпосылки, в соответствии с которой отсутствие запрета влечёт отсутствие правового регулирования вообще и, как следствие, фактическую возможность поведения, которая правом не регулируется. Соответственно, незапрещённое поведение трактуется в качестве юридически иррелевантного. Этот взгляд ведёт свою родословную от Августа Тона и имеет в качестве авторитетнейшего сторонника Ганса Кельзена.

При первом приближении такого рода логика рассуждений может показаться вполне приемлемой. Действительно, право не может регулировать всё, всегда существуют области, в которых либо вообще нет правового регулирования, либо оно носит пробельный характер. С другой стороны, «вестфальское» понимание государственного суверенитета предполагает, что право, не регулируя весь массив общественных отношений на определённой территории, тем не менее *может и вправе претендовать на то, что в принципе любой вопрос может стать предметом правового регулирования*, при условии его пространственной локализации в рамках территории соответствующего государства и соответствующей национальной правовой системы. Это свойство национальных правовых систем «вестфальского типа» получило наименование всесторонности, всеобъемлющего характера последних.

Соответственно, идея всесторонности может теоретически быть реализована двумя

способами: либо при помощи принципа «всё, что не запрещено законом, разрешено», либо при помощи обратной максимы «всё, что прямо не разрешено законом, запрещено». Базовая идея, лежащая в основе как того, так и другого принципа, заключается в следующем: если не удаётся действительно достигнуть идеала полноты и всеобщности правового регулирования, предполагающего, что в принципе юридическая система должна давать ответ на любой возникающий вопрос, то остаётся установить некоторый общий принцип, в соответствии с которым будут разрешаться случаи, когда непосредственного регулирования правовая система не содержит. Учитывая, что право содержит всего несколько инструментов, при помощи которых можно регулировать поведение субъектов, прежде всего обязанности, запреты и дозволения, для решения проблемы пробелов достаточно лишь установить презумпцию в пользу обязанности (соответственно запрета) либо в пользу дозволения. Поэтому чтобы решить проблему пробелов и обеспечить полноту и всеобщность регулирования «вестфальского типа», нужно лишь установить презумпцию в пользу наличия регулирования (т.е. обязанностей и запретов) либо в пользу отсутствия регулирования (т.е. в пользу дозволений).

Первый вариант («запрещено всё, что прямо не разрешено») трудно реализуем на практике, за исключением некоторых областей публичного права и некоторыхпатологических состояний правовых систем (тоталитарные режимы, если в них вообще можно говорить о наличии права). На практике такого рода правовая система нежизнеспособна.

Второй вариант («разрешено всё, что прямо не запрещено»), в принципе, представим и, вероятно, даже фактически имел место в практике раннелиберальных правовых систем наиболее развитых обществ Запада в XIX в. (Великобритания, США и Франция). Возможно, именно эту модель и имели в виду Август Тон и Ганс Кельзен, отрицая правовое значение дозволений и приравнивая дозволение к отсутствию правового регулирования *tout court.*

Современное состояние развитых правовых систем, конечно, не может иметь в качествесвоей основы эту простую максиму. Прежде всего с точки зрения логики норм предоставление дозволения одному лицу не эквивалентно наличию запрета другому лицу. Это великолепно продемонстрировал У. Хофельд. Соответственно, в некоторых случаях дозволение означает специальное правомочие, а не просто отсутствие обязанности.

Как представляется, именно такого рода случай и имеет место применительно к правомочию требовать исполнения обязанности. Указанное правомочие является специальным дозволением (а не всего лишь следствием отсутствия запрета противоположного поведения) именно потому, что с его реализацией именно субъектом права на чужое поведение закон связывает некоторые правовые последствия, каковых не возникает, если «заявление» о необходимости произвести исполнение сделает не кредитор, а третье лицо. Уже говорилось выше, о каких последствиях идёт речь (необходимость исполнять обязательства,

определяемые моментом востребования, перерыв течения исковой давности и т.п.).

Иными словами, никто, естественно, не может запретить третьему лицу сделать должнику «заявление» о необходимости произвести исполнение, поскольку такого запрета прямо не содержится в законе. В этом смысле поведение третьему лицу «дозволено», поскольку не запрещено. Но его действие представляется юридически безразличным, правопорядок «не видит» его, поскольку не связывает с ним ровным счётом никаких юридических последствий. В этом смысле такое поведение действительно можно интерпретировать в духе Тона и Кельзена в качестве «юридически безразличного дозволения».

Проблема только в том, что такого же нельзя сказать относительно возможности кредитора требовать произвести исполнение, поскольку с этим требованием, как указывалось выше, закон связывает ряд специфических юридических последствий. И эти специфические юридические последствия связаны не с общегражданской правоспособностью субъектов частного права, а с обладанием лицом статуса носителя права на чужое поведение. Эти последствия будут иметь место только в том случае, если требование заявлено кредитором.

Это означает, что в рассматриваемом случае дозволение не представляет собой просто «отсутствие регулирования», а напротив, речь идёт о специфическом типе правового регулирования через наделение исключительной поведенческой возможностью.

Иными словами, существуют две ситуации, в которых можно использовать понятие «дозволение» в двух различных смыслах. Во-первых, дозволение как возможность фактического характера появляется как следствие отсутствия запрета противоположного поведения. В этом случае её реализация может рассматриваться и как проявление общей гражданской правоспособности (если согласиться с действием принципа «всё, что не запрещено законом, разрешено»). Во-вторых, дозволение может быть специально предоставленной определённому кругу субъектов при наличии определённых законом оснований возможностью поведения. В таком случае реализация этой возможности будет влечь правовые последствия лишь в случае, если она реализовывается тем, кому она предоставлена, и не будет влечь таковых, если она реализовывается третьим лицом.

Во втором случае неуправомоченным лицам не имеет смысла прямо запрещать совершение указанных действий (требовать исполнения), достаточно лишь трактовать их действия как юридически безразличные, не порождающие соответствующих правовых последствий. Вот из этой техники отсутствия прямого запрета и рождается иллюзия о дозволенности указанных действий и об отсутствии различий в правовом положении кредитора и третьего лица с точки зрения дозволенности требовать исполнения обязанности.

Иными словами, дозволенность поведения как следствие отсутствия регулирования(запрета) и дозволение в техническом смысле как предоставление определённой поведенческой

возможности исключительного характера – это два разных типа дозволения, объединяет которые, по существу, лишь наименование.

Таким образом, есть основания сделать вывод, что рассмотренные выше аргументы противников признания правомочия требовать исполнения элементом права на чужое поведение не являются убедительными. Правомочие требовать исполнения обязанности необходимым образом связано и вытекает из права на чужое поведение.

Если этот вывод принять за основу, то получается, что право на чужое поведение, право требования или притязание, строго говоря, не могут быть редуцированы к активности должника. Даже на сугубо терминологическом уровне это можно чётко зафиксировать. Разумеется, речь идёт о праве *на чужое поведение*, но именно о *праве* на чужое поведение. Иначе говоря, как уже неоднократно указывалось, любому субъективному праву присущ элемент активности самого управомоченного. Субъективное право, если оно действительно субъективное, не может сводиться исключительно к обладанию пассивным интересом в исполнении. Субъективный характер права всегда подразумевает самоопределение и автономию именно управомоченного субъекта.

На ранних стадиях развития современных частноправовых систем это можно продемонстрировать с особой убедительностью. Для этого необходимо вспомнить, что концепция «активного» права на чужое поведение, или притязания, как оно именовалось её сторонниками, возникла из анализа римского частного права в германской пандектной теории в середине XIX в.

Строго говоря, понятие «притязание» (*Anspruch*) имеет в германской теории (и в следующей за ней российской традиции) несколько значений. Довольно часто это понятие используется для фиксации права на защиту в случае нарушения материального субъективного права. Притязание употребляется в смысле «предъявить претензию».

Другая традиция, которая представляет особый интерес с точки зрения настоящего рассмотрения, исходит из того, что притязанием является право требования кредитора к должнику относительно необходимости исполнить обязанность. Это требование не связано непосредственно с уже имевшим место фактом нарушения права кредитора должником (т.е. неисполнения или ненадлежащего исполнения обязанности), а может иметь место независимо от факта такого нарушения, на «донарушенной» стадии развития соответствующего правоотношения. Эту теоретическую модель разработал Б. Виндшайд.

В своей ранней работе «*Actio* римского права с современной точки зрения» германский цивилист предпринял интересную попытку теоретической интерпретации римского понятия «*actio*» и перевода его в современный ему социокультурный и юридический контекст. Дело в том, что важнейшей характеристикой римской модели частного права был акцент на защите

права, на работе юридического механизма обеспечения нарушенных прав с гораздо меньшим вниманием к регулированию в «донарушенной» стадии.

Виндшайд ставит вопрос следующим образом: если справедливо то, что римское право представляло собой систему *actiones*, специфических «процессуальных» способов защиты прав, то каким образом мы можем интерпретировать римское понятие «*actio*» в рамках современных частноправовых систем, которые представляют собой не системы средств защиты, исков, а системы субъективных частных прав?

Отвечая на этот вопрос, выдающийся германский цивилист сделал предположение, что римское понятие «*actio*» невозможно адекватно передать через современное понятие «иск». Понятие иска в его современном значении предполагает чёткое разграничение между материальным частным правом и гражданским процессом, между самими материально-правовыми конструкциями и интересами и способами их судебного осуществления и защиты. Поскольку же в римском праве именно этого чёткого разграничения нельзя было обнаружить, то и понятие «*actio*» следует трактовать, избегая его сугубо процессуальной интерпретации, сводящей дело исключительно к процессуальным формам защиты права.

Именно так и появилась на свет виндшайдовская концепция притязания. Германский цивилист предложил переводить термин «*actio*» при помощи понятия притязания, под которым понималось требование кредитора к должнику произвести исполнение своей обязанности. Применительно к условиям римского права это требование касалось исключительно процессуальной стадии развития соответствующего правоотношения, поскольку иной, «донарушенной», стадии римское право не знало или по крайней мере чётко не различало. В римском праве регулирование осуществлялось через предоставление *actio,* т.е. исходя из уже имевшего место факта нарушения права. Современное право регулирует через наделение материальными правами, т.е. предоставляет юридические возможности, которые существуют до и независимо от факта их нарушения. Следовательно, в современных условиях то, что в римском праве должно было считаться лишь обращением за защитой, может рассматриваться в первую очередь как обращение к обязанному лицу до и независимо от факта нарушения им права.

Другими словами, по мнению Виндшайда, сложность понимания римского термина «*actio*» заключается в том, что в римском праве «донарушенная» и «патологическая» (после факта нарушения) стадии развития правоотношения существовали слитно в нерасчленимом единстве. Поэтому действия управомоченного по защите своего права у претора и в суде могли иметь одновременно характер процессуальных и материально-правовых «распорядительных» действий. Одно не могло чётко отграничиваться от другого в силу особенностей римского процесса.

Совершенно иначе дело обстоит в современном праве, одной из основ которого является более или менее последовательное проведение разграничения между материальным частным правом и гражданским процессом. В таких условиях перевод римского термина «*actio*» при помощи понятия «иск» является некорректным, поскольку утрачивается материально-правовой аспект требования к должнику, который в римском понятии существовал в единстве с обращением к претору и суду. В современных же условиях «распорядительные» действия (требование кредитора к должнику) должны быть чётко отделены от «юрисдикционных» (обращение кредитора за защитой нарушенного должником права в суд). Именно этот «распорядительный» аспект права кредитора и фиксировался при помощи термина «притязание».

Вот тут-то и кроется корень проблемы! Дело в том, что в случае с римским понятием «*actio*» выраженная в этом понятии «прокредиторская» «активная» семантика выглядела гораздо более убедительно, чем то же самое применительно к очищенному от процессуальных элементов материально-правовому понятию притязания. А дело здесь вот в чём. Если акцент ставится на защите права (через предоставление претором формулы и процесс в суде), то действия по защите всегда являются инициативными, диспозитивными «распорядительными» действиями кредитора, обращающегося за защитой своего нарушенного или оспариваемого права. Проще говоря, начинать всегда нужно с активного действия – предъявления *actio*.

Вот этот своеобразный синкретизм, слитность права на чужое поведение с правом обратиться за его защитой и породили теоретические проблемы. Реализация права на защиту всегда предполагает активность самого управомоченного. А вот право на чужое поведение, как уже отмечалось, далеко не всегда предполагает какую-либо активность кредитора. Пока оба аспекта слиты воедино в понятии «*actio*», проблема не представляется особо чувствительной.

Трудности появляются сразу же, как проведено сколько-нибудь чёткое и убедительное отделение материального частного права от гражданского процесса. Таким образом, тот самый элемент (право на защиту), который всегда предполагал инициативу и активность кредитора, оказался элиминированным из содержания его права. В таких условиях, чтобы «спасти» автономию, инициативу управомоченного как основу понимания принадлежащего ему права, нужно было обнаружить эти элементы инициативы, автономии и «распоряжаемости» в праве кредитора по отношению к должнику. Именно так и появилась на свет категория «притязание» в её виндшайдовской интерпретации. Проявлением автономии и инициативы Виндшайд предложил считать само *обращение* кредитора к должнику о необходимости произвести исполнение. При этом естественно, что это обращение или требование никак не обусловливалось фактом нарушения (неисполнения или ненадлежащего исполнения) должником своей обязанности. В известной мере римская *actio* была перенесена в

«донарушенную» стадию развития правоотношения. Подобно тому, как кредитор должен был проявить активность для защиты своего нарушенного права у претора и в суде, кредитор вправе проявлять активность до факта нарушения права. Ведь с точки зрения автономии и инициативы управомоченного не имеет ровным счётом никакого значения, подверглось его право на чужое поведение нарушению или нет.

Проблема, однако, не заставила себя ждать. Отделив «процессуальный» элемент, в котором «распорядительный», инициативный элемент права кредитора не подлежит никакому сомнению, мы именно эту бесспорность существования инициативности кредитораи устранили. В том, что осталось (праве на чужое поведение), этот инициативный элемент проявляется менее убедительно. Уже многократно приводились примеры ситуаций, в которых право на чужое поведение реализуется исключительно активностью должника и вообще никакой инициативы со стороны кредитора не требует. Поэтому перенесение Виндшайдом логики римской *actio* на понятие (материального) права на чужое поведение, получившее выражение в понятии «притязание», хотя и не лишено оснований, но в качестве бесспорного рассматриваться не может.

В то же самое время необходимо отметить, что в целом идея, в соответствии с которой субъективное частное право, в том числе и право на чужое поведение, предполагает в качестве важного своего элемента активность самого управомоченного лица, не лишена оснований и убедительности. По крайней мере противникам этой идеи применительно к возможности кредитора требовать исполнения от должника не удалось доказать её нежизнеспособность. В нормальном случае право на чужое поведение, его осуществление требует минимума активности и инициативы со стороны самого управомоченного лица.

Это в свою очередь рождает интересный теоретический парадокс. В самом деле, логически право на *чужое* поведение должно исчерпываться именно необходимостью осуществить *чужое* действие или бездействие. Именно по этому признаку право на чужое поведение отличается от права на собственное поведение. В то же время, как мы постарались показать выше, любое субъективное право, в том числе и право на чужое поведение, немыслимо без активности и инициативных действий самого управомоченного лица. Нет ли здесь формального противоречия, которое препятствует тому, чтобы безоговорочно согласиться с отстаиваемым тезисом о необходимости минимума активности и инициативы носителя права на чужое поведение? Ведь инициатива управомоченного – это уже право на *собственное* поведение.

В порядке первого приближения ответ на этот вопрос мог бы выглядеть следующим образом: действительно, сугубо формально-логически инициатива управомоченного должна выражаться в праве на собственное, а не на чужое поведение. По этой причине все инициативные, диспозитивные, «распорядительные» элементы должны быть просто формально

исключены из содержания права на чужое поведение как не относящиеся к праву на *чужое поведение* по сугубо формальным основаниям. Тот же факт, что на практике один элемент (право на чужое поведение) зачастую невозможно оторвать от другого (инициативные действия самого управомоченного), не влияет на то, что с сугубо формальной аналитической точки зрения это сделать всегда возможно. В конце концов речь идёт о теоретической модели субъективных прав, а не о простом описании эмпирической реальности. В реальной жизни редко встретишь в химически чистом виде отдельные химические элементы из Периодической таблицы. Это тем не менее не означает, что Периодическая таблица как аналитический инструмент не имеет значения для понимания реальности. Скорее наоборот, именно знание моделей химически чистых элементов и позволяет понять что-то важное про саму природу, изучая, из каких химических элементов и в каких комбинациях она обнаруживает себя. Не применима ли подобная аналогия к рассматриваемому случаю?

Представляется, что вот такая логика аналитического рассмотрения не может быть в полной мере применена к интересующему нас случаю. Основная проблема состоит в том, что аналитическая модель субъективного права на чужое поведение, которая не включает инициативного, «распорядительного» компонента, теряет как раз свой *субъективный* характер. Проще говоря, ситуация, в которой обязанность исполняется исключительно действиями (или бездействием) должника, а кредитор ограничивается ролью пассивного дестинатора, реципиента исполнения, не может быть квалифицирована как реализация субъективного права кредитора. Положение кредитора лучше описывается выражением «выгодоприобретатель обязанности», а не «носитель субъективного права». Достаточно сравнить это положение с правовым положением лица, получающего из государственного бюджета некоторую выплату публично-правового характера, чтобы понять, что положения эти близки между собой, если не идентичны. И там, и здесь выгодоприобретатель занимает пассивное положение, от его действий ровным счётом ничего не зависит. Да, он вправе инициировать процедуру выплаты, написав соответствующее заявление. Однако такого рода заявление вряд ли можно интерпретировать в качестве «распорядительного» диспозитивного действия в том смысле, в котором это имеет место с осуществлением субъективных прав в частном праве. Основания выплаты возникают не в связи с поданным заявлением, а из определённых юридических фактов. Заявление же может рассматриваться в лучшем случае как условие начала соответствующей процедуры.

Совершенно иным образом дело обстоит обычно с осуществлением субъективного частного права, в том числе и частного права на чужое поведение. В данном случае требование обладает диапозитивным «распорядительным» характером, в нём проявляется контроль управомоченного над правом требования. И в этом смысле требование имеет конститутивный

для соответствующего субъективного права характер, без которого субъективное право утрачивает свой «субъективный» характер, оставаясь только нормой об обязанности в пользу определённого лица. Для того чтобы обязанность исполнения в пользу определённого лица приобрела характер субъективного права на чужое поведение, управомоченный должен обладать определённой степенью контроля над этой обязанностью. Именно по этой причине даже применительно к правам на чужое поведение необходимо в праве кредитора выделять этот инициативный «распорядительный» элемент, который оказывается неразрывно связан с обязанностью.

* * *

Попробуем резюмировать некоторые наиболее важные выводы, к которым мы пришли, анализируя правомочие требования исполнения обязанности.

1. В анализе субъективного частного права на чужое поведение существует две традиции. Одна из них выделяет в субъективном частном праве на чужое поведение элемент инициативы и автономии самого управомоченного наряду с необходимостью определённого поведения со стороны обязанного лица. Вторая традиция соответственно исходит из строгого следования принципу корреляции (соответствия) между субъективными частными правами и юридическими обязанностями и полагает, что кредитор имеет право только на то, к чему обязан должник, и ничего больше.

2. Возникает странный теоретический парадокс. Если следовать первой традиции, то нужно согласиться с тем, что право на чужое поведение включает компонент, который, строго говоря, создаёт для управомоченного возможность собственного поведения. Если же строго следовать логике принципа корреляции (соответствия) между субъективным частным правоми юридической обязанностью, то не остаётся места собственно для субъективного права, которое традиционно характеризуется через активность и инициативу самого управомоченного.

3. Среди аргументов в пользу признания в праве на чужое поведение инициативных диспозитивных элементов выделяется тезис, в соответствии с которым принадлежащее кредитору правомочие требовать исполнения обязанности как раз и представляет собой проявление инициативы и автономии управомоченного лица.

4. Противниками признания инициативного элемента в праве на чужое поведение выдвинут целый ряд возражений против квалификации правомочия кредитора требовать исполнения как обладающего исключительно фактическим содержанием и вытекающего из общей гражданской правоспособности, а не являющегося следствием обладания субъективным правом на чужое поведение. Указанные аргументы критически проанализированы, и сделан вывод, что они в целом не достигают своей цели.

5. Выявлены историко-догматические причины, которые породили первую модель, и сделан вывод, что в современных условиях её логика не всегда приводит к корректным результатам, хотя в целом теория остаётся более предпочтительной, чем альтернативные теоретические конструкции.

6. Продемонстрирована связь между активным, инициативным, «распорядительным» компонентом субъективного права на чужое поведение и корреспондирующей ему юридической обязанностью. Высказана и обоснована гипотеза, что эта связь носит необходимый характер и только она и придаёт праву на чужое поведение характер *субъективного частного права* в техническом смысле слова.

4.2. Распоряжение правом на чужое поведение

Один из наиболее убедительных и весьма часто используемых аргументов в пользу наличия в субъективном частном праве на чужое поведение элемента инициативы и автономии самого управомоченного лица заключается в указании на то, что право на чужое поведение, как и любое другое частное право, включает в себя распорядительные правомочия в отношении самого этого права (и его предмета). Иными словами, управомоченный субъект не только вправе требовать исполнения корреспондирующей его субъективному праву обязанности, но и может совершать в отношении этого права действия распорядительного характера.

К действиям распорядительного характера обычно относят следующие категории юридически значимых действий[1]. Во-первых, управомоченный всегда вправе решать самостоятельно, будет ли он осуществлять принадлежащее ему в отношении должника право. Кредитор вправе как осуществлять принадлежащее ему право, так и отказаться от его осуществления. Во-вторых, в случае нарушения должником своей обязанности (отказа от её исполнения или ненадлежащего исполнения) кредитор вправе самостоятельно принять решение относительно целесообразности или нецелесообразности принудительного осуществления принадлежащего ему права, используя юрисдикционный или иные механизмы принудительного осуществления права. В-третьих, в случае вынесения в пользу кредитора судебного решения о принудительном осуществлении его права в отношении должника кредитор вправе самостоятельно принять решение относительно целесообразности или нецелесообразности инициировать процедуру исполнения судебного решения о принудительном осуществлении принадлежащего кредитору права или отказаться от его осуществления. В-четвёртых, в несколько ином смысле под распорядительными действиями также понимают распоряжение самим субъективным правом с использованием универсального или сингулярного правопреемства (например, передача права третьему лицу по наследству или в порядке цессии). Наконец, в-пятых, в тех случаях, когда у соответствующего субъективного права имеется особый предмет (например, индивидуально определённая вещь), распоряжение в отношении предмета также может квалифицироваться в качестве распорядительных действий в широком смысле слова[2].

Что объединяет все выделенные выше группы правомочий? И что даёт нам возможность квалифицировать их все в качестве проявлений распоряжения правами? Общим признаком,

---

[1] Понятие и содержание распоряжения и распорядительных действий является предметом дискуссии, которая заслуживает отдельного и весьма обстоятельного рассмотрения. Здесь мы используем максимально широкое понимание распорядительных действий в духе теории Герберта Харта (подробнее см.: Hart H.L.A. Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Philosophy).

[2] Третьяков С.В. О проблеме догматической квалификации «правомочия распоряжения».

своеобразным «общим знаменателем» в рассматриваемом случае выступает возможность кредитора определять юридическую судьбу императива (обязанности) должника совершить определённые действия или отказаться от их совершения. Кредитор может принять собственное суверенное решение относительно того, необходимо произвести исполнение обязанности или нет.

В данном случае уместно обратить внимание на весьма важную тонкость. Право кредитора на чужое поведение, как и обязанность должника это поведение реализовать, уже существует и возникло из определённого юридического факта или юридического состава, например из договора. Однако сам тот факт, что формирование соответствующего договорного правоотношения, субъективного права и юридической обязанности, его составляющих, возникает из акта автономии воли его участников (договора) и не имеет отношения к понятию распоряжаемости правами. В момент заключения договора, породившего соответствующее правоотношение, стороны реализовывали не принцип диспозитивности гражданских прав, а принцип правонаделения[1].

С юридико-догматической точки зрения это разграничение имеет чрезвычайно важное значение. Несмотря на кажущуюся близость случаев, когда в силу действия принципа автономии воли стороны могут создать для себя взаимные права и обязанности, и случаев, когда каждый из субъектов вправе принять собственное суверенное решение относительно *юридической судьбы* принадлежащего ему права, эти две ситуации аналитически разнородны.

В первом случае индивидуальная воля, направленная на совершение сделки и возникновение вследствие этого прав и обязанностей, пользуется тем, что закон наделил субъектов частного права способностью порождать взаимные права и обязанности. Источником юридической силы автономной воли в данном случае является «компетенционная» норма права, закрепляющая способность субъектов приобретать права и обязанности по собственной воле.

Во втором случае речь идёт о том, что юридическую судьбу уже приобретённого субъективного права определяет сам кредитор, носитель этого субъективного права. Этой возможностью управомоченного, разумеется, также наделяет норма права. Но его осуществление не сводится лишь к реализации уже заложенной в норме праве модели поведения. Отказ от права и отказ от осуществления права со стороны управомоченного субъекта приводят к тому, что императив (обязанность должника) также перестаетдействовать.

Другими словами, отличие рассматриваемого случая состоит в том, что индивидуальнаяволя управомоченного (суверенное решение кредитора) определяет, будет ли действовать норма

[1] О различии между правонаделением и диспозитивностью подробнее см.: Яковлев В.Ф. Гражданско-правовой метод регулирования общественных отношений: Учебное пособие / Науч. ред. Г.И. Петрищева. Свердловск: Свердловский юридический институт им. Р. А. Руденко, 1972.

права, императив (требующий от должника исполнить свою обязанность в пользу кредитора). Ничего подобного не происходит нигде, помимо рассматриваемого случая. В случае порождения договорного правоотношения (при помощи договора) стороны используют уже заложенную законом в их общую гражданскую правоспособность юридическую возможность породить собственной волей права и обязанности. Иными словами, первична «воля закона», который уже наделил субъектов частного права компетенцией порождать права и обязанности. В случае же с распорядительными действиями, несмотря на то, что возможность распоряжения заложена в законе, именно распорядительные действия определяют в конечном счете юридический дизайн взаимоотношений сторон.

Дело в том, что для того чтобы в каждом случае понять, к чему обязан должник, недостаточно лишь нормы права и юридического факта, ею предусмотренного и влекущего возникновение права и обязанности. Необходимо ещё, чтобы кредитор принял решение об осуществлении или отказе от осуществления соответствующего права. Иными словами, в случае распорядительных действий между нормой и фактом в качестве необходимого элемента стоит индивидуальная воля, суверенное решение кредитора относительно целесообразности или нецелесообразности осуществления принадлежащего ему права. Для того чтобы императив приобрёл действительную юридическую силу, для должника необходима инициатива кредитора.

Может показаться, что и в случае с реализацией принципа свободы договора положение дел обстоит аналогичным образом. В самом деле, ведь, заключая договор, стороны принимают решение относительно возникновения (изменения или прекращения) взаимных прав и обязанностей, т.е. в конечном счёте относительно судьбы императива, обязанности определённого поведения. Наличие или отсутствие такой обязанности, её возникновение или невозникновение также представляют собой продукт волевого решения соответствующих субъектов. Иначе говоря, существует или не существует соответствующая юридическая обязанность, появится или не появится соответствующий (новый) юридический императив, зависит исключительно от суверенного решения соответствующих субъектов частного права. Действительно, определённое сходство может быть констатировано, подобно тому, как диспозитивность предполагает правонаделение. Тем не менее на аналитическом уровне правонаделение и диспозитивность принято разграничивать. Различие между этими двумя ситуациями всё же более значимо, чем сходство. В случае с принципом свободы договора очевидно, что возможность заключить поименованный и непоименованный договор, определить контрагента и содержание взаимных обязательств, а прежде всего принять решение, заключать договор или воздержаться от его совершения, – все эти возможности уже заложены в содержание нормы права, наделяющей субъектов частного права

соответствующей правоспособностью. Заключение договора приводит к возникновению субъективного права и корреспондирующей ему юридической обязанности. Но будут ли эти субъективное право и юридическая обязанность фактически реализованы, т.е. будет ли юридический императив в действительности введён в действие, не предрешается ни самим законом, ни договором, возникающим на его основе. Это зависит от решения кредитора относительно осуществления или отказа от осуществления принадлежащего ему права. И вот именно эта юридическая возможность, которая только и обеспечивает реальное осуществление соответствующей юридической обязанности, зависит исключительно от усмотрения кредитора.

У Ганса Кельзена есть довольно интересные рассуждения, которые, как представляется, позволяют пролить некоторый свет на исследуемое явление[1]. С точки зрения Кельзена, нормы права бывают общие и индивидуальные. Общие абстрактные нормы права обладают так называемой гипотетической структурой, т.е. логической формой гипотетического суждения («если... то»)[2]. Общие нормы права характеризуются абстрактным описанием условий собственного применения (т.е. указываются не конкретные лица, а категории лиц – адресаты предписания и не конкретные факты, а абстрактно описанный фактический состав). Индивидуальные нормы имеют логически категорическую, а не гипотетическую структуру («X должен то-то и то-то»). Они предполагают чёткую фиксацию конкретных субъектов, а не абстрактных ситуаций, в которые эти субъекты гипотетически могут попасть[3].

Если перенести эту логику и словарь на исследуемые в нашем случае феномены, то ситуация выглядит следующим образом: норма о свободе договора представляет собой гипотетическую норму в кельзенианском смысле слова. Речь идет об абстрактной гипотезе, рассчитанной на неопределённый круг лиц и неоднократное применение. Любые субъекты частного права могут заключить любой не запрещённый прямо договор или не заключать никакого вовсе. Сам договор, точнее говоря, права и обязанности, из него вытекающие, будет представлять собой индивидуальную норму в кельзенианском смысле. Здесь конкретные субъекты обязаны совершить определённые действия или воздержаться от их совершения. Но даже в этом случае пока объективная обязанность не перешла в субъективно-правовой модус, поскольку необходимость исполнить обязанность есть не что иное, как императив, обращённый к должнику. Должник должен его исполнить, и никакой активности кредитора не требуется. Субъективация соответствующего императива возможна лишь в том случае, если кредитор

[1] Kelsen H. Reine Rechtslehre: Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit (Studienausgabe der 2. Auflage 1960). S. 196.
[2] Mayer P. La distinction entre règles et décisions et le droit international privé. Paris: Dalloz, 1973.
[3] Kelsen H. Reine Rechtslehre: Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit (Studienausgabe der 2. Auflage 1960). S. 196–198.

обладает распорядительными правомочиями относительно обязанности должника. Другими словами, кредитор вправе принять своё собственное суверенное решение относительно того, будет он стремиться к осуществлению обязанности должником или нет. Только в этом случае воля кредитора становится тем решающим правопорождающим фактором, помимо которого никакого автоматического действия императива исполнить обязанность нельзя ожидать. По этой причине именно распорядительный акт со стороны кредитора (принятие решения относительно осуществления права или отказа от права или его осуществления) становится ключевым обстоятельством, без и помимо которого императив не будет реализован, а следовательно, обязанность не может рассматриваться в качестве полноценного стандарта поведения для должника.

Можно описать исследуемое различие как различие между общей нормой права, индивидуальной нормой (в кельзеновском смысле) и субъективным правом в узком смысле слова. В самом деле, норма права наделяет субъектов частного права способностью совершать сделки, в частности заключать договоры. Реализуя эту возможность, конкретные субъекты частного права X и Y заключают договор. Перед нами индивидуальная норма права, как её понимал Ганс Кельзен, т.е. норма, конкретизированная по отношению к определённым субъектам. Это уже не абстрактная возможность совершить сделку, а конкретная возможность конкретного субъекта, вытекающая из совершённой сделки. Степень конкретизации прав и обязанностей соответствующих субъектов выше, чем на «стадии абстрактной нормы». Но тем не менее эта степень конкретизации не абсолютна. Всё зависит от того, будет ли соответствующая обязанность реализована, т.е. станет ли императив (необходимость определённого поведения для обязанного лица) реализован. А вот это как раз зависит от усмотрения лица управомоченного. Иными словами, только в тот момент, когда управомоченный предъявляет требование об исполнении обязанности, императив может считаться полностью конкретизированным, т.е. стать руководством к действию для должника.

Для того чтобы лучше понять эту особенность, приведём аналогию из публичного права. Здесь должностное лицо не обладает распорядительными правомочиями относительно императива. Иными словами, оно не выбирает между возможностью осуществлять свои полномочия (требовать от обязанного лица поведения, соответствующего публично-правовому предписанию) или отказаться от их осуществления. Должностное лицо обязано осуществить принадлежащие ему полномочия в случае наличия объективно-правовых оснований к их применению. Иначе говоря, не требуется дополнительной конкретизации от «стадии индивидуальной нормы» к «стадии субъективного права», поскольку уже на «стадии индивидуальной нормы» ясно, что наступление правовых последствий не зависит от воли, усмотрения правоприменителя – они наступают автоматически. Именно эта различная степень

конкретизации юридических императивов в публичном и частном праве и различная роль индивидуальной воли в процессе конкретизации и делают распорядительные действия столь критически важными и особенными в частном праве.

Если согласиться с приведённой выше интерпретацией распорядительных возможностей, принадлежащих кредитору, то становится особенно отчётливо очевидной роль инициативы и автономии кредитора, даже если речь идёт о его праве на чужое поведение. Опять-таки, как и в случае с правомочием требовать исполнения обязанности, право на чужое поведение не может рассматриваться в качестве полноценного частного *права*, если оно не снабжено распорядительным элементом, без которого кредитор в лучшем случае может рассматриваться как выгодоприобретатель обязанности объективно-правового характера, роль которого остаётся пассивной.

Однако так же, как и в случае с правомочием требовать исполнения обязанности как элементом права на чужое поведение, против признания правомочия распоряжения правом элементом права на чужое поведение выдвинуты несколько интересных возражений. Все эти возражения представляется возможным разделить на три основные группы. Их мы и попытаемся поочередно проанализировать.

Первое возражение касается главным образом проблемы чёткости определения самого понятия «распоряжение правом». Основная проблема в данном случае состоит в том, что различные типы и разновидности субъективных частных прав предполагают различную степень распоряжаемости ими. Не существует некоторого абстрактного и универсального понятия распоряжения правом, которое могло бы рассматриваться в качестве «общего знаменателя» по отношению к содержанию распорядительных правомочий всех или даже большинства видов субъективных частных прав[1].

Каждой разновидности субъективного частного права соответствуют собственная степень и объём распоряжаемости. При этом нельзя, вероятно, даже сказать, что объём распоряжаемости правом и содержание распорядительных правомочий идентичны у всех субъективных прав одной и той же группы. Например, в отношении особо интересующих нас субъективных частных прав на чужое поведение нельзя сказать, что для всех прав рассматриваемого типа характерны одинаковые идентичные по объёму и содержанию распорядительные правомочия. Кроме того, объём и степень распоряжаемости определяются позитивным правом применительно к каждому виду субъективного права.

Если согласиться с вышеприведённой логикой рассуждений, то приходится признать, что понятие распоряжения не является имманентно присущим любому субъективному частному

[1] Schulev-Steindl E. Subjektive Rechte: Eine rechtstheoretische und dogmatische Analyse am Beispiel des Verwaltungsrechts. Wien; New York: Springer, 2008. S. 29.

праву вообще и праву на чужое поведение в частности. Вопрос о том, присуща ли конкретному виду субъективного права распоряжаемость, и если да, в какой мере, представляет собой предмет политико-правового выбора законодателя, а не является следствием логической необходимости, вытекающей из концептуального анализа понятия субъективного права как такового.

Теоретически возможным вариантом, вероятно, можно считать ситуацию, когда право на чужое поведение вообще не сопровождается предоставлением его субъекту распорядительных возможностей. Если содержание и объём распорядительных правомочий не зависят жёстко от самого факта наделения правом, а предполагают политико-правовое решение, то мыслима и ситуация, когда результатом этого политико-правового решения будет полный отказ предоставить субъекту права возможность распоряжения этим правом.

Последний вывод как раз и представляется наиболее дискуссионным. Разумеется, различным разновидностям субъективных частных прав могут быть присущи различные объёмы и содержания распорядительных возможностей. Это может определяться целымрядом факторов: от свойств содержания и объекта (и предмета) соответствующего правоотношения до политико-правовых соображений, которыми руководствуется законодатель. В данном случае важно другое: возможно ли существование субъективного частного права, которое вообще не предполагает наличие у его субъектов распорядительных возможностей?

На этот вопрос, как представляется, следует дать отрицательный ответ. Из того факта, что мера, объём и содержание распорядительных возможностей у различных разновидностей субъективных частных прав носят дифференцированный характер, не следует, что субъективное право возможно без распорядительных возможностей вообще. В данном случаеиз факта дифференциации нельзя сделать логически корректный вывод об отсутствии – это просто высокая степень дифференциации. Это явная логическая ошибка, *non sequitur*.

Другими словами, для того, чтобы доказать наличие «нераспоряжаемых» субъективных частных прав в техническом смысле слова, недостаточно указать и доказать, что существуют различные объёмы распорядительных правомочий применительно к различным видам субъективных частных прав. Необходимо привести специальную аргументацию, что распоряжаемость вообще свойством субъективного права не является.

Более убедительной представляется критика распорядительных правомочий как необходимого элемента субъективного частного права, которая выражает сомнения в логической когерентности и состоятельности самого понятия «распорядительные возможности» или «распоряжение правами». В самом деле, понятие «распоряжение» в его максимально широком значении включает в себя весьма разнородный набор плохо связанных друг с другом и часто имеющих мало общего возможностей.

Прежде всего, нужно ли разграничивать отказ от права и отказ от осуществления права? Если да, то следует ли квалифицировать отказ от осуществления права в качестве разновидности распоряжения правом? При положительном ответе и на этот вопрос возникает следующий: а что, собственно, даёт нам основания в пользу подобного вывода? В данном случае определённые основания для сомнений действительно имеются.

Базовая идея Герберта Харта, которая лежит в основании квалификации распоряжаемости в качестве необходимого элемента содержания любого субъективного частного права, заключается в том, что правомочие распоряжения отождествляется и получает выражение при помощи понятия «право выбора». Именно по этой причине теория Харта часто именуется не только «волевой теорией», но и «теорией выбора»[1] и «теорией контроля»[2]. Кредитор каждый раз на различных этапах развития соответствующего правоотношения сталкивается с необходимостью выбора, без которого правоотношение не может получить развития. Он последовательно выбирает между возможностью предъявлять или не предъявлять право требования об исполнении, реализовывать или не реализовывать право на принудительное осуществление принадлежащего ему права в случае его нарушения, осуществлять или не осуществлять принудительно присуждённое в его пользу судом возмещение.

Проблема состоит в том, можно ли везде, где у кредитора существует возможность выбора, автоматически идентифицировать указанную возможность в качестве разновидности распоряжения. Не будет ли в результате понятие распоряжения слишком широким и в высшей степени неопределённым? Ведь, например, правомочие требовать исполнения обязанности также предоставляет кредитору право выбора – предъявлять или не предъявлять должнику требование об исполнении. Должны ли мы на этом основании квалифицировать и право требовать исполнения в качестве разновидности распоряжения? Как определить те границы, которые могут придать определённость понятию распоряжения?

В свете вышесказанного сомнения также возникают, например, относительно отказа от осуществления права кредитором. Право выбора в данном случае, несомненно, реализовано. Но можно ли простой отказ от осуществления права на одном этом лишь основании считать разновидностью распоряжения правом?

Ещё более сложно обстоит дело с трактовкой в качестве распоряжения правом случая распоряжения объектом (предметом) этого права. Ведь известно, что некоторые субъективные права предполагают возможность распоряжаться собственным объектом (или предметом), например, при установлении законного или договорного запрета цессии права или запрета

[1] Hart H.L.A. Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Philosophy. Chs. 6, 7, 8.
[2] Graham P. A Will Theory of Rights: A Defence // Law and Philosophy. 1996. Vol. 15. No. 3. P. 257–270.

распоряжаться предметом права. Если рассматривать указанные распорядительные возможности в качестве проявлений распоряжения субъективным правом, неизбежен вывод, что они необязательно должны выступать элементом содержания соответствующего субъективного частного права.

Действительно, Герберт Харт употребляет понятие распоряжения в максимально широком смысле. Однако в итоге получается вовсе не эклектичное множество слабо связанных между собой элементов. Право выбора, предоставленное кредитору, в котором британский философ права видит существо распоряжения и распорядительности, должно иметь отношение к определению юридической судьбы обязанности. Только в таком случае указанное право выбора можно квалифицировать в качестве проявления распорядительных возможностей. Ключевой вопрос, ответ на который должен быть дан, чтобы интерпретировать право выбора кредитора в качестве проявления распоряжаемости правом, заключается в том, оказывает ли реализация выбора влияние на осуществление или неосуществление юридического императива, обязанности должника.

При подобной трактовке любые действия кредитора, которые способны оказать воздействие на «субстрат» обязанности должника, на то, будет она исполнена или нет, следует однозначно квалифицировать в качестве проявлений правомочия распоряжения. С рассматриваемой точки зрения нет никакого смысла делать различие между отказом от самого права и отказом от его осуществления. И то, и другое (при условии, разумеется, что отказ от осуществления носит окончательный характер) касается определения юридической судьбы права и корреспондирующей ему обязанности. С этой точки зрения даже отказ от осуществления права может рассматриваться как форма распоряжения правом. Ведь отказ от осуществления права меняет параметры соответствующей юридической обязанности, которая корреспондирует субъективному праву. Даже тогда, когда управомоченный принял решение временно не осуществлять своё субъективное право, например, не предъявлять требование об исполнении обязанности, определённой моментом востребования, имеет смысл говорить о распоряжении правом, поскольку односторонним актом кредитора изменяется определённый параметр корреспондирующей праву юридической обязанности (момент исполнения).

То же самое, в принципе, следует сказать и о том аргументе, в соответствии с которым не существует никакого «обязательного» перечня распорядительных действий, которые с логической необходимостью должны вытекать из факта обладания субъективным правом, в том числе и правом на чужое поведение. Из того, что подобного стандартного набора правомочий не существует, не следует, что субъективное право вообще может существовать без того, чтобы его сопровождали *какие-либо* элементы распорядительных возможностей.

По этой причине тот факт, что могут существовать субъективные права, которые нельзя,

например, передать третьим лицам в порядке универсального или сингулярного правопреемства, не влечёт вывода о том, что такие права лишены распорядительных элементов. Палитра распорядительных действий весьма богата и максимально широка, чтобы обнаружить её практически в любой разновидности прав требования. Если, например, существует законный запрет цессии права требования, то правомочие на отказ от осуществления права требования практически всегда сопровождает право требования.

Иными словами, какой-либо элемент распорядительной способности всегда присутствует в праве требования, и трудно себе практически представить обратную ситуацию. Причина такого положения, как представляется, заключается как раз в обстоятельствах концептуального характера. Любое субъективное право по определению логически предполагает некоторую степень активности и инициативы со стороны управомоченного лица, без которого оно вряд ли может быть квалифицировано именно в качестве субъективного.

Вторая группа возражений против признания правомочия распоряжения правом элементом его содержания не отрицает того, что распоряжение связано с соответствующим частным правом и даже может быть необходимо связано с ним. Но, как полагают критики, распорядительные возможности не должны обязательно трактоваться в качестве элемента того самого права, относительно которого распоряжение осуществляется[1]. Другими словами, аргумент сводится к следующему: право требования и распорядительные правомочия относительно него *могут рассматриваться* в качестве неразделимых на практике. Но из этого не следует, что они должны не разделяться на концептуальном уровне,аналитически.

Если признать этот аргумент убедительным, то получается следующее: мы можем трактовать распорядительные правомочия либо как часть общей гражданской правоспособности субъектов частного права, либо как самостоятельную разновидность субъективных частных прав компетенционного характера. Рассмотрим обе указанные возможности.

Относительно возможности признания распорядительных действий элементами гражданской правоспособности любых субъектов частного права можно сказать, что подобная квалификация вызывает серьёзные сомнения. Критики правомочия распоряжения как элемента содержания соответствующего права сами указывают на то, что содержание распорядительных возможностей для различных видов субъективных прав не идентично. Соответственно, конкретное содержание и объём распорядительных возможностей зависят от вида конкретного субъективного частного права, к которому эти распорядительные возможности привязаны. По указанной причине содержание распорядительных возможностей скорее определяется содержанием самого соответствующего субъективного частного права и не может

[1] Schulev-Steindl E. Op. cit. S. 29.

вытекать из содержания общей гражданской правоспособности. Последнее с некоторой долей условности можно было бы допустить только в случае, если существовал некоторый стандартный набор распорядительных правомочий, который всегда или в подавляющем большинстве случаев был бы связан с наличием у субъекта соответствующего частного права.

В таком случае теоретически можно представить, что распоряжаемость как стандартное и идентичное свойство всех типов и видов субъективных частных прав является элементом гражданской правоспособности, а не самого субъективного частного права. Хотя даже в подобном сугубо гипотетическом случае отнесение распорядительных возможностей в область гражданской правоспособности представляет собой лишь один из допустимых и логически корректных способов теоретического описания. Равно вероятной с логической точки зрения будет и квалификация распорядительных возможностей как части содержания самого соответствующего субъективного права.

Второй вариант решения рассматриваемой проблемы заключается в том, чтобы трактовать распорядительные правомочия в качестве самостоятельного типа субъективного частного права. Этот вариант представляет больший интерес и обладает большей объяснительной силой. Прежде всего, рассматриваемый вариант лишён недостатков предыдущего, поскольку проблема отсутствия стандартного набора элементов правомочия распоряжения в данном случае не влияет на объяснительную силу всей теоретической конструкции в целом. В самом деле, если полагать, что распорядительные возможности составляют содержание не самого права, относительно которого эти распорядительные возможности возникают, а самостоятельного субъективного права, то набор этих распорядительных возможностей может быть разным и не обладать унифицированным характером.

Основные аргументы, которые могут быть выдвинуты в пользу признания распорядительных возможностей элементами содержания особого субъективного частного права, а не элементом того субъективного права, о распоряжении которым идёт речь, сводятся к следующему.

Во-первых, утверждается, что если верно то, что объектом распорядительных возможностей является само соответствующее субъективное право, то логически невозможно полагать, что распоряжение может быть элементом права, в отношении которого распоряжение должно иметь место[1]. Логика рассуждений и аналогии заимствованы изобласти физики и здравого смысла. Распорядительные возможности не могут рассматриваться как элементы содержания самого того права, о распоряжении относительно которого идёт речь. Распоряжение имеет указанное частное право в качестве своего объекта, а не части содержания.

Подобного рода «физикалистские» аналогии всегда коварны. Юридическая онтология вовсе

[1] Schulev-Steindl E. Op. cit.

не должна напоминать онтологию физическую. Юридическая реальность не обладает физикалистскими свойствами уже хотя бы потому, что не является физической чувственно воспринимаемой реальностью[1]. По этой причине правомерность проведения параллелей требует специального обоснования, которое сама аналогия не замещает.

Если полагать, как неоднократно уже подчёркивалось, что субъективное право есть наиболее концентрированное выражение частной автономии и инициативы, то несложно понять, по какой причине распорядительные возможности должны составлять элемент содержания субъективного права. Применительно к правам на чужое поведение именно наличие распорядительных возможностей и гарантирует активный статус и инициативу управомоченному лицу, поскольку сам интерес управомоченного обеспечивается деятельностью должника. Как уже неоднократно отмечалось, само право на чужое поведение, если оно не сопровождается наличием распорядительных возможностей, обеспечивает кредитору лишь роль пассивного выгодоприобретателя, а не активного кредитора. По указанной причине именно конструкция права на чужое поведение с особой отчётливостью демонстрирует необходимость присутствия распорядительных правомочий в качестве элементов своего содержания для того, чтобы рассматриваться в качестве полноценного субъективного частного права в техническом смысле слова.

Второй вариант того же аргумента носит уже не физикалистский, а логический характер. В своё время ещё Август Тон заметил, что распорядительные возможности не похожи на содержание обычных субъективных частных прав[2]. Дело в том, что распорядительные правомочия обладают крайне специфическим содержанием, которое действительно довольно сильно отличается от стандартного содержания субъективного частного права, как бы ни понимать последнее. Стандартным содержанием субъективного частного права принято считать возможность определённого поведения, свободу выбора в рамках определённой чётко очерченной сферы автономии управомоченного субъекта. Так вот, как полагал Тон[3], именно этого стандартного содержания и лишены распорядительные возможности, которые, по существу, представляют собой права-компетенцию, возможность порождать, изменять и прекращать для себя и для других права и обязанности.

По этой причине Тон предлагал считать распорядительные правомочия правомочиями *sui generis*, что, вероятно, давало возможность исключить их из рассмотрения, когда речь идёт об обычных субъективных частных правах. Уже само это выделение на аналитическом уровне

---

[1] Kelsen H. Reine Rechtslehre: Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit (Studienausgabe der 2. Auflage 1960). S. 149.

[3] Здесь нужно сделать весьма существенную оговорку. Представления самого Августа Тона относительно стандартного содержания субъективного права существенно отличались от господствующего мнения (наиболее концентрированно получившего выражение у Виндшайда). Тем не менее и в его теоретическую схему распорядительные правомочия плохо вписывались.

распорядительных возможностей в особую группу даёт нам основания рассматривать распорядительные возможности не как элемент содержания соответствующего субъективного частного права, а в качестве субъективного права особого рода.

Проблема, однако, состоит в следующем: достаточно ли убедительным является аргумент *«sui generis»*? Ведь, по существу, нам предлагают следующий ход мыслей: распорядительные правомочия не вписываются в некоторую предложенную Тоном аналитическую модель субъективного частного права. В то же самое время распорядительные возможности имеют некоторые весьма важные сходства с субъективными правами, в первую очередь в аспекте господства воли управомоченного лица. Поэтому для того, чтобы избежать здесь противоречия, нужно либо переформулировать исходную аналитическую модель субъективного частного права таким образом, чтобы она учитывала также и наличие распорядительных правомочий, либо доказать, что распорядительные возможности вообще не являются *субъективно-правовыми возможностями* в техническом смысле слова.

И то, и другое проблематично. Понимание Тоном категории субъективного частного права носит в высшей степени специфический и, можно сказать, идиосинкразический характер. Это специфическое понимание составляет своего рода «визитную карточку» его теории. И именно это понимание, в отличие, например, от точки зрения Виндшайда, не позволяет рассматривать распорядительные возможности в качестве субъективного частногоправа в техническом смысле слова. Но, с другой стороны, и не признать за распорядительными возможностями статус субъективно-правовых тоже крайне сложно. Трудно себе представить более концентрированное выражение инициативы и частной автономии, чем возможность своими действиями создавать, изменять и прекращать частные права и обязанности.

По этой причине Тон выбрал средний путь. Он не отрицал того, что речь идёт о возможностях субъективно-правового характера, но в то же время не утверждал, что эти возможности укладываются в его собственную аналитическую модель субъективного частного права. Отсюда и получает объяснение аргумент *sui generis.*

Однако аргумент *sui generis* редко и мало что объясняет. Скорее он используется как раз в случаях, когда исследователь сталкивается с проблемой, которую ему трудно решить. Это своеобразная стратегия *ad hoc* обоснования, когда для объяснения явления предлагается не некоторый общий принцип, а специально для подлежащего объяснения случая придуманный аргумент. Спорный случай как бы изымают из регулярного нормального анализа, потому что только таким образом оказывается возможным спасти общую логику объяснительной модели. Ясно, что такая стратегия вряд ли способна достичь серьёзного успеха. Нам, по существу, предлагается игнорировать некоторые исключения, которые не вписываются в общую объяснительную модель просто потому, что они в неё не вписываются и тем самым нарушают

её когерентность и целостность. Но всё-таки странно, если эмпирическая реальность не соответствует теории, игнорировать эмпирическую реальность, а не корректировать теорию.

Это было бы ещё полбеды, но проблема в том, что объяснения *ad hoc* ничего необъясняют, а лишь изымают спорный случай из общего аналитического рассмотрения. Применительно к рассматриваемому случаю всё это выглядит следующим образом: не проще ли, имея в виду наличие распорядительных возможностей, отказаться от крайне специфического понимания Тоном категории субъективного частного права и использовать, например, общепринятое его понимание, чем объявлять распорядительные правомочия чем- то непознаваемым? Ведь традиционное понимание субъективного права вполне позволяет объяснить распорядительные возможности, не прибегая к экзотическим и маловразумительным гипотезам *ad hoc*. Одним словом, вряд ли попытка «объяснить» исключение просто тем, что это исключение, может что-то объяснить на самом деле. И уж совершенно определённо трудно это «объяснение» считать убедительным объяснением того, по какой причине мы должны распорядительные возможности рассматривать как самостоятельный тип субъективных частных прав, а не элемент содержания любого субъективного частного права.

Гораздо более убедительными следует признать иные варианты развития идеи Тона о специфическом характере распорядительных возможностей с точки зрения их субъективно-правового статуса. В данном случае авторы соответствующих концепций пытаются пойти дальше простой констатации своеобразия распорядительных правомочий и пытаются перестроить всю систему субъективных правовых возможностей таким образом, чтобы это позволило интегрировать распоряжение в качестве особой разновидности субъективного частного права.

Наиболее известной теоретической моделью подобного рода является теория У. Хофельда. Американский правовед разделил все субъективно-правовые возможности на четыре категории: требования, привилегии, компетенции и иммунитеты. Требования и привилегии во многом аналогичны континентально-правовой дихотомии права на чужое поведение и права на собственное поведение. А вот компетенции (*powers*) предоставляют управомоченному возможность своими действиями породить, изменить или прекратить права и обязанности для себя и иных лиц. В континентально-правовом словаре наиболее близким этому будет термин «секундарные (преобразовательные) права»[1].

Нетрудно убедиться, что и привилегии, и компетенция предоставляют управомоченному юридическую возможность собственного поведения. Не нарушен ли вданном случае критерий классификации и не следует ли объединить обе рассматриваемые группы в одну? Различие между указанными категориями действительно существует, и заключается оно

[1] Hohfeld W.N. Op. cit.

в положении пассивного субъекта. Привилегии на стороне управомоченного субъекта противостоит отсутствие права (*no right*) на пассивной стороне. Иными словами, пассивный субъект не имеет права на то, на что имеет право управомоченный. Компетенционному праву противостоит не обязанность, а связанность пассивного субъекта. Связанность означает то, что пассивный субъект претерпевает последствия осуществления компетенционного права, выражающиеся в изменении его правовой сферы (возникновении, изменении или прекращении его прав и обязанностей), не имея юридической возможности блокировать эти изменения. Именно эта последняя особенность и отличает компетенционное право от любого другого типа субъективных правовых возможностей. В иных случаях, например в правах на чужое поведение, должник в состоянии фактическими действиями заблокировать реализацию права кредитора. Так же, в принципе, может быть и в случае с привилегиями, если пассивный субъект будет препятствовать реализации права на собственное поведение управомоченным лицом.

Дело в том, что в обоих случаях содержанием соответствующего права будет фактическое поведение, а для реализации фактического поведения можно создать фактические препятствия. В праве на чужое поведение это сделать легче всего, ведь интерес кредитора обеспечивается поведением должника. И если должник этого поведения не осуществляет, реализация права кредитора оказывается заблокированной с сугубо фактической точки зрения. Но и применительно к правам на собственное поведение ситуация обстоит совершенно аналогичным образом. Несмотря на то что в правах рассматриваемого типа интерес кредитора в основном удовлетворяется поведением самого управомоченного, деятельности управомоченного по реализации своего права также можно создать препятствия фактического характера и тем самым заблокировать реализацию его интереса.

Совершенно иным образом обстоит дело применительно к компетенционным правам. В данном случае управомоченный совершает действия не фактического, а юридического характера. По этой причине реализации компетенции трудно помешать с помощью фактических действий. Компетенция – это своеобразная «виртуальная реальность», создаваемая правопорядком. Такого рода реальность можно изменить лишь предусмотренными в ней самой способами. Можно, разумеется, при помощи насилия блокировать фактически совершение волеизъявления, с которым закон связывает возникновение, изменение или прекращение прав и обязанностей, но это будет нарушением абсолютного права на свободу и личную неприкосновенность, т.е. права, относящегося к категории прав на собственное поведение. Чужую компетенцию же «нарушить» фактически невозможно, поскольку эффект возникновения, изменения или прекращения прав и обязанностей – это чисто юридический эффект, результат работы правовой системы.

Если признать подобную логику убедительной, то действительно появляются основания для

разграничения компетенционных прав, к которым, безусловно, относятся и распорядительные правомочия, и права на фактическое поведение (на собственное или чужое поведение). Распорядительные возможности относятся к компетенциям (*powers*) в смысле Хофельда в связи со следующими обстоятельствами.

Распорядительный акт изменяет права и обязанности управомоченного и иных лиц, поскольку определяет «юридическую судьбу» императива, обязанности. Именно от распорядительного акта зависит в конечном счёте, будет ли императив подлежать осуществлению.

В принципе, подобная классификация субъективных частных прав не ограничивается лишь идеей Хофельда. В германоязычной доктрине весьма авторитетным характером обладает классификация субъективно-правовых возможностей на права господства (*Herrschaftsrechte*), притязания (*Ansprüche*) и преобразовательные (секундарные) права (*Gestaltungsrechte*)[1]. В основе указанной классификации, в принципе, лежит та же идея, что и у Хофельда. Права господства – это права на собственное поведение фактического характера, которые, как правило, касаются и обеспечивают фактическое господство надобъектами, материальными или идеальными. Именно поэтому они и именуются правами господства. Притязания представляют собой права на чужое поведение. В данном случае термин «притязание» употреблён точно в том смысле, в котором он использовался Б. Виндшайдом. Наконец, преобразовательные права ближе всего к компетенциям в классификации У. Хофельда. Речь идёт о юридических возможностях изменить чужую правовую сферу, которая обеспечивается на стороне пассивного субъекта не обязанностью, асвязанностью. Аналогичные теоретические модели выдвигались и в современной германоязычной цивилистической доктрине[2].

В интересующем нас аспекте основная идея теорий рассматриваемой группы может сводиться к следующему: теории рассматриваемой группы не утверждают, что на практике распорядительные правомочия никак не связаны с содержанием основного субъективного частного права, к которому они относятся. Но с аналитической точки зрения, полагают сторонники этих теорий, нет оснований объединять права на фактическое поведение и право совершать юридические акты в одну категорию субъективных прав. Это разнородные типы правовых возможностей, они по-разному, и весьма радикально по-разному, обеспечиваются, что делает их объединение весьма спорным с точки зрения корректности теоретического описания.

Сходный, но несколько отличный от предыдущего аргумент касается того, что нельзя обнаружить решительным образом никакой концептуальной (необходимой) связи между содержанием основного права и распорядительных возможностей в отношении этого права. Эта

[1] Tuhr A. von. Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts. Bd. 1: Allgemeine Lehren und Personenrecht.
[2] Portmann W. Op. cit. S. 196 f.

связь, по меткому выражению одного из сторонников рассматриваемой точки зрения, носит сугубо «стипулятивный» характер[1].

Вопрос, однако, следует ставить в несколько другой плоскости. Дело не в том, что сугубо аналитически право на чужое поведение отличается от распорядительных возможностей относительно этого права. Это само по себе бесспорно, и никто не пытается даже отрицать. Основной вопрос состоит в другом: а может ли право на чужое поведение, если под ним понимать исключительно необходимость определенного поведения должника, рассматриваться в качестве субъективного частного права в техническом смысле? Можно ли полагать, что право, содержание которого состоит исключительно в возможности удовлетворить свой интерес с помощью поведения должника, действительно представляет собой субъективное частное право? Мыслимо ли субъективное право, не предполагающее проявления некоторого минимума инициативы самого управомоченного? И если да, то каков этот минимум? Вот те вопросы, от которых зависит возможность аналитического отделения права на чужое поведение от распорядительных возможностей в отношении этого права.

Иначе говоря, рассматриваемый вопрос касается вовсе не выбора более элегантной модели аналитического описания структур субъективного частного права. Проблема напрямую затрагивает сущность субъективного частного права. Ведь если минимум инициативы и автономии активного субъекта всё же необходим для квалификации соответствующей юридической возможности в качестве субъективного права, то связь права и распорядительных возможностей в отношении него никак нельзя признать «чистой стипуляцией».

В случае, если мы признаем необходимость наличия распорядительного элемента в составе содержания субъективного права, остаётся возможность рассматривать право на чужое поведение и распорядительные правомочия в отношении этого права как относящиеся к различным типам субъективных правовых возможностей. Однако поскольку они оказываются с необходимостью связанными друг с другом, то логичнее их рассматривать в качестве различных типов *правомочий* одного и того же субъективного права, а не различных аналитических моделей субъективных прав.

Таким образом, проблема не может быть редуцирована просто к возможности существования нескольких альтернативных разновидностей аналитического описания распорядительных правомочий. Она непосредственно упирается в необходимость определения существенных признаков самого понятия субъективного права, в том числе и права на чужое поведение. Только на этой основе становятся понятными и структурные аспекты права на чужое поведение.

---

[1] Schulev-Steindl E. Op. cit. S. 29.

* * *

Подводя итог рассмотрению распорядительных правомочий в составе субъективного права на чужое поведение, представляется возможным сделать несколько выводов:

1. Выдвинуто и обосновано предположение, в соответствии с которым распорядительные правомочия входят в состав субъективного частного права, в том числе права на чужое поведение, поскольку они являются выражением активности и инициативы кредитора, которые необходимы для субъективации юридической обязанности определённого поведения в пользу кредитора.

2. Сформулировано широкое понимание распорядительных действий. Проанализированы понятия отказа от права и отказа от осуществления права в аспекте их распорядительного характера. Сформулировано разграничение между принципом правонаделения и принципом диспозитивности и влияние этого разграничения на понятие распорядительных действий.

3. Продемонстрирована критически важная роль понятия распоряжения правом для теории частного права и для теории субъективного частного права в особенности.

4. Критически проанализированы основные аргументы противников признания распорядительных действий элементом содержания субъективного права на чужое поведение. Ни один из аргументов не может быть признан убедительным. Идея о том, что распорядительные возможности относятся к гражданской правоспособности субъектов частного права, а не составляют элемент содержания соответствующего субъективного частного права, не учитывает того обстоятельства, что содержание самих распорядительных возможностей носит дифференцированный характер и зависит от содержания соответствующего субъективного частного права. Тезис, в соответствии с которым распорядительные возможности составляют содержание особого субъективного права, требует предварительного доказательства того, что не существует необходимой связи между содержанием самого субъективного частного права, в том числе права на чужое поведение, и распорядительных правомочий относительно этого права. Если такая концептуальная связь имеет место, то право на чужое поведение и распорядительные возможности в отношении него могут квалифицироваться только как различные правомочия, входящие в состав одного и того же субъективного частного права.

4.3. Право на чужое поведение и право на защиту

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 секундарные (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 всё 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 диапозитивный характер предоставленного права на судебную защиту могут рассматриваться как проявления активного статуса кредитора, которые необходимо должны иметь место, когда речь идёт 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 Тона[1] и Ганса Кельзена[2]. 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

[1] Thon A. Op. cit.
[2] Kelsen H. Reine Rechtslehre. Leipzig; Wien: Franz Deuticke, 1934.

объективную юридическую обязанность должника в субъективную и делает её коррелятом субъективного права. В самом деле, то, будет ли обязанность фактически исполнена, если должник отказывается её 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, будетобязанность стандартом поведения для должника или нет, в конечном счете зависит отсуверенного решения кредитора.

В этом смысле нарушенная стадия развития соответствующего правоотношения даже более интересна, поскольку в ней более чётко 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, всё или почти всё 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 чужоеповедение 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 поведение[1]. 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 публичному[2].

Второе обстоятельство, на которое обращали внимание критики права на защиту как элемента содержания защищаемого права, состоит в том, что в случае с правом на защиту кредитор не совершает распорядительных действий путём 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

[1] Buchheim J. Op. cit. S. 103.
[2] Schulev-Steindl E. Op. cit. S. 36–38.

обязанностей станет результатом не самого обращения в суд, а лишь судебного решения в том случае, если иск будет удовлетворён[1]. 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 кредитором[2].

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 твёрдая убеждённость 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 её 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, среди прочего, своей монографией «Притязание и право на иск» («*Anspruch und Klagerecht*»)[3]. Указанная работа Хелльвига является, по всей вероятности, наиболее часто цитируемой германской монографией по

[1] Ibidem.
[2] Ibidem.
[3] Hellwig K. Anspruch und Klagerecht: Beiträge zum bürgerlichen und zum Prozessrecht. Jena: Gustav Fischer, 1900.

рассматриваемому вопросу в отечественной доктрине.

Всё 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 определённом значении сразу же имеет последствия с точки зрения принятия некоторых теоретических постулатов, которые разделяет одна часть доктрины и резко отвергает другая её часть. Например, употребление термина «право на защиту», как будет ещё показано ниже, влечёт за собой необходимость принятия целого ряда посылок, связанных с определённым 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 придётся 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 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 времён Савиньи представление о частном праве как системе

частных прав, правоотношений стало господствующим[1]. 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* управомоченного[2]. Второй момент является ещё 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 воль 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 всё 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 счёте, 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 степени всё 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»

---

[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. Op. cit.). 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». S. 7–23).

[2] Hofer S. Op. cit. S. 206; Haferkamp H.-P. Die Bedeutung der Willensfreiheit für die Historische Rechtsschule // Willensfreiheit und rechtliche Ordnung / Hrsg. von E.-J. Lampe, M. Pauen, G. Roth. Berlin: Suhrkamp, 2008. S. 196–225.

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» (*Kampsrecht*)[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 точкизрения 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 влечёт 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 превращённую форму нарушенной обязанности (икорреспондирующего 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 самомделе, если субъективное право на нарушенной стадии представляет собой то же самое субъективное право, только видоизмененное вследствие факта его нарушения, то принципы автономии воли и

[1] Savigny F.C. von. System des heutigen römischen Rechts. Bd. 5. Berlin: Veit und Comp., 1841; см. также: Гурвич М. А. Право на иск. М.: Издательство АН СССР, 1949; Крашенинников Е.А. Указ. соч.

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 счёт 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. Рискуя 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 идёт 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 частного права и его принудительного осуществления посредством юрисдикционного механизма[1]. 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

[1] Windscheid B. Die Actio des römischen Civilrechts, vom Standpunkte des heutigen Rechts.

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» (*Anspruch*). 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 ситуацияменяется. 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 передаёт с помощью понятия притязания. Притязание в этом смысле означает возможность управомоченного требовать определённого 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».

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 создаёт 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 серьёзной 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 судьи[1]. 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 суду[2]. 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 продолжает существовать. По мнению Мутера, вследствие нарушения меняется правовое положение управомоченного не столько в отношении обязанного, сколько в отношении публичной власти как гаранта защиты прав[3]. С сугубо материально-правовой точки зрения притязание как было требованием к должнику до факта нарушения, так и осталось таковым после нарушения. Даже если материально-правовоепритязание модифицировалось, изменилось по содержанию вследствие факта нарушения(например, право на действие трансформировалось в право на возмещение убытков), в *структурном отношении* никаких изменений ровным

[1] Muther T. Op. cit. S. 35.
[2] Ibid. S. 39.
[3] Ibid. S. 42.

счётом 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» (*Ohnmacht*) сменилось на другое «бессилие»[1,2]. 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 *Ohnmacht* в *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 анализа 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 осуществления[3].

Особый вклад в доказательство как раз этого последнего тезиса внёс германский процессуалист Генрих Дегенкольб, основная работа которого и по сей день остаётся одной из самых цитируемых монографий, посвящённых соотношению частного права и гражданского процесса[4]. Дегенкольб обратил внимание на то, что гражданский процесс не является и не всегда может в принципе являться зеркальным отражением материального частного права.

---

[1] Ibidem.

[2] 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 (секундарных) 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 бессилен 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: *Ohnmacht* – это буквально «*ohne Macht*», т.е. «без власти», «без господства». См.: Sohm R. Op. cit.

[3] Binder J. Prozeß und Recht: Ein Beitrag zur Lehre vom Rechtsschutzanspruch. Leipzig: Deichert, 1927. S. 116.

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

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 удаётся 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 результат 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 определённым 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, превращённая 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 права[1].

Именно так возникла знаменитая дуалистическая теория соотношения частного права и гражданского процесса. Суть её как раз и заключается в признании возможности

[1] Degenkolb H. Op. cit. S. 11.

существования процессуального результата защиты материального права, который не соответствует этому самому материальному праву. При этом такой результат процесса признаётся 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 чёткая 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.

Ещё более болезненный удар был нанесён 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 шёл 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 самостоятельность 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 права[1]. 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 идёт 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

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

опосредованное отношение к принудительному осуществлению самого материального частного права. Именно по этой причине Бюлов и предлагал считать гражданский процесс автономным феноменом, причём феноменом, более связанным с публичным правом, нежели с частным, поскольку здесь речь идёт 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 произошёл определённый поворот. Ранее, как указывалось выше, модель юрисдикционной защиты права мыслилась больше по аналогии с самозащитой гражданских прав. Самозащита представляет собой волевую 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 дискуссию 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

иска[1].

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, чьё право в самом деле нарушено или оспаривается), а в принципе любой субъект права. Ответ на вопрос, принадлежит ли определённому лицуконкретное 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, чьё 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 определённым субъектом по конкретному делу.

Однако и здесь всё не так просто, как кажется на первый взгляд. Если исходить из последовательно проведённой модели полной автономии гражданского процесса, которой придерживался Бюлов, то содержанием права истца к юрисдикционному органу в возникшем процессуальном правоотношении будет само судопроизводство, буквально, надлежаще проведённые процедуры, или право на то, что процедуры завершатся вынесением судебного решения[2].

Иными словами, то, что полностью исключала логика германского процессуалиста, – так это возможность признать право истца на судебное решение *определённого содержания.* Это логически вытекает из последовательно проведённого отграничения гражданского процесса от материального частного права. Процесс обеспечивает проведение определённых процедур, возникающих по определённым основаниям. Основания эти, как и сами процедуры, бесспорно, *каким-то* образом связаны с защищаемым в процессе материальным частным правом, но лишь косвенно. Ведь, как уже многократно отмечалось выше, иск может быть предъявлен далеко не только действительным субъектом нарушенного материального частного права, а суждение о принадлежности права является результатом, а не предпосылкой процесса. Кроме того, процесс

[1] Bülow O. Op. cit.
[2] Ibidem.

представляет собой защиту права по определённым правилам и в рамках определённых процедур, а не защиту права вообще, *par excellence.* Поэтому зеркального соответствия между внепроцессуальным положением дел и результатом процесса может и не быть.

Таким образом, процесс, строго говоря, не гарантирует принудительное осуществление нарушенного права, которое (право) имело место вне процесса. Процесс гарантирует производство, процедуру и формальное вынесение решения по определённой процедуре. Соответственно, в подобных условиях трудно считать, что истец имеет право на благоприятное судебное решение. Скорее истец после предъявления иска имеет право на само судопроизводство.

Изложенное объясняет, в частности, мотивы, которыми руководствовался Бюлов, отвергая понятие права (притязания) на защиту (*Rechtsschutzanspruch*). Как мы убедимся ниже, притязание на защиту – ключевая конструкция дуалистической теории права на защиту. Притязание на защиту – право на *благоприятное* (для истца) судебное решение, которое обращено к суду, но вытекает из определённых материально-правовых оснований. Иначе говоря, речь идёт о некотором гибриде материального и процессуального права. Поскольку основной посыл Бюлова заключался в отделении, изоляции процесса отматериального права, то очевидно и объяснимо его скептическое отношение к гибридной конструкции, в рамках которой материальное право и процесс интегрируются. По существу, Бюлову не было интересно ничего, что происходит за пределами процесса. В известном смысле его теория – это теория Савиньи, вывернутая наизнанку. Если Савиньи интересовало только материальное право, а процесс трактовался лишь как способ его реализации, то Бюлов рассматривал исключительно сам процесс, а материальное право выступало лишь его фактической предпосылкой. Парадоксальным образом подобная конструкция вполне совместима с материально-правовой трактовкой права на иск в духе Савиньи и Виндшайда[1]. Ведь внутри процесса существует лишь право на обращение в суд, а за его пределами – право на защиту по отношению к должнику. Они каким-то образом фактически связаны между собой, но это не делает их элементами единого права.

Подобная конструкция по-своему логична, но не свободна от противоречий. В стремлении очистить процесс от влияния материального права, создать автономную систему процессуальных правоотношений Бюлов зашёл слишком далеко. Проблема заключается в том, что модель процесса Бюлова вообще не предполагает чёткой фиксации какой-либо связи процесса с материальным правом.

В самом деле, процесс начинается не потому, что материальное право нарушено или

[1] Simshäuser W. Zur Entwicklung des Verhältnisses von materiellem Recht und Prozeßrecht seit Savigny: Eine Untersuchung am Beispiel rechtsfremder Klagen. Bielefeld: Ernst und Werner Gieseking, 1965.

оспаривается, а в лучшем случае потому, что кто-то так *полагает*, а в худшем случае просто потому, что кто-то решил предъявить иск, сознавая отсутствие на то каких-либо материально-правовых оснований. Далее процесс движется по собственной процедурной логике и завершается вынесением *какого-нибудь* итогового решения. Трудно отделаться от мысли, что перед нами какая-то игра, а не юрисдикционная деятельность[1].

Всё это крайне плохо согласуется не только с базовыми интуициями относительно соотношения частного права и гражданского процесса. Необъяснимыми остаются те феномены, которые как раз свидетельствуют о наличии связи между процессом и материальным правом, например влияние распорядительных действий управомоченного в отношении своего материального права на процесс.

Существует и значительно более сложная проблема теоретического свойства. Каким образом моделировать параллельное существование материального права вне процесса и его защиту в процессе? Это два разных феномена? Если это так, то конструкция Бюлова предполагает, что они слабо связаны друг с другом. Всё это привело последующую дискуссию к некоторой корректировке тех крайних выводов в духе чисто процессуальной трактовки защиты права, к которым пришёл Бюлов.

Новая попытка теоретической реконструкции отношения материального права и гражданского процесса была предпринята центральной фигурой германской процессуальной теории рубежа XIX и XX вв. Адольфом Вахом. В течение своей научной карьеры в разное время Вах выдвигал различные идеи и тезисы по интересующему нас вопросу, которые часто плохо монтировались друг с другом. Тем не менее мы можем выделить несколько магистральных линий его теоретических построений, которые оставались всё время центральными и которые оказали влияние на поиск решения интересующей нас проблемы.

Первой группой проблем, которые впервые с особой чёткостью поставил Вах, стало понимание природы права на обращение за судебной защитой. По мнению германского процессуалиста, право на обращение в суд за защитой права представляет собой феномен публичного права. В данном случае Вах лишь идёт в русле теорий автономизации гражданского права в духе Дегенкольба и Бюлова. Теоретический вклад Ваха в рассматриваемом случае касался в основном выбора корректной юридической конструкции этого публично-правового феномена[2].

Вах полагал возможными две основные конструкции права на обращение в суд за защитой права. Во-первых, следуя в русле идей Бюлова, возможно интерпретировать право на

[1] Wach A. Der Feststellungsanspruch: Ein Beitrag zur Lehre vom Rechtsschutzanspruch. Leipzig: Duncker & Humblot, 1889.
[2] Hellwig K. Op. cit.

обращение в суд как проявление правоспособности субъектов права[1]. В пользу такой конструкции говорит то, что право на обращение в суд нельзя ограничить лишь реальными обладателями материального субъективного права. Речь идёт о юридической возможности, которая принадлежит всем и каждому, любому субъекту права. Соответственно, в рассматриваемом случае нельзя констатировать наличие поведенческой возможности исключительного характера, что обычно характерно для конструкции субъективного права[2]. Другими словами, ситуация принадлежности юридической возможности всем и каждому лучше описывается при помощи категории правоспособности, чем при помощи понятиясубъективного права.

Теоретически возможен и второй вариант, когда право на обращение в суд рассматривается как разновидность субъективного публичного права. Тогда речь должна идти о наличии некоторого публично-правового отношения между правопорядком и субъектами права.

В обоих случаях, однако, подчёркивается публично-правовая природа права на обращение в суд. Это выглядит логичным с точки зрения сторонников тотальной автономии гражданского процесса от материального частного права, однако порождает некоторые проблемы, связанные с невозможностью обосновать связь материального и процессуального права. По названной причине Вах предпринял попытку реконструкции указанных отношений.

Вах ввёл в научный оборот и обосновал теоретически понятие права на защиту (*Rechtsschutzanspruch*). Именно на долю этой концепции выпала задача обоснования связи между материальным частным правом и гражданским процессом. Право на защиту, по мнению Ваха, представляет собой заявленное суду требование истца к ответчику[3]. Иначе говоря, Вах выделял материально-правовой элемент в праве на защиту. Право на защиту, по мнению Ваха, принадлежит действительно управомоченному субъекту, носителю соответствующего нарушенного и оспариваемого материального права. Тот, кто предъявляетнеобоснованный иск, обладает правом на обращение в суд, но не правом на защиту.

На первый взгляд рассматриваемая теоретическая конструкция вызывает некоторое недоумение. Особенно сложно поддаются анализу структурные характеристики права на защиту. Несмотря на то что предложенное Вахом определение права на защиту стало едва лине классическим, общепризнанным, остаётся неясным тот способ интеграции, который объединяет процессуальные и материально-правовые элементы в рамках единого понятия. Можно ли сказать, что применительно к действительным обладателям нарушенного или оспариваемого субъективного права право на защиту, в том числе в своём процессуальном аспекте права на обращение в суд, производно от самого соответствующего материального

[1] Bülow O. Op. cit.
[2] Ibidem.
[3] Wach A. Op. cit.

субъективного частного права? Но как это совмещается с тем признаваемым Вахом обстоятельством, что право на обращение за защитой принадлежит не только действительно управомоченному в материально-правовом смысле, а в принципе любому субъекту права? Можно ли сказать, что последнему принадлежит только право на обращение в суд, а действительно управомоченному – ещё и право на защиту в техническом смысле? Но тогда не ясно опять-таки, что объединяет право на обращение в суд и право к должнику в рамках единого права на защиту.

В этом смысле конструкция Оскара Бюлова, несмотря на весь её радикализм, выглядит гораздо более внутренне целостной. В ней нет места праву на благоприятное судебноерешение даже в том случае, когда иск заявлен действительным субъектом материального права. Существует лишь единое для всех публично-правовое право на обращение за защитой. Тем не менее идея Ваха ясна, как ясны и те мотивы, которые лежат в основе предложенной им теоретической конструкции. Вах пытается реставрировать связь междуматериальным правом и процессом, которая практически полностью исчезла из поля зрения в рамках концепции Бюлова.

По мнению Ваха, процесс представляет собой средство, а материальное право – результат[1]. Соответственно, процессуальное право невозможно объяснить из самого себя, без того, чтобы указать его, процесса, внешний референт. Вах противопоставлял методу Бюлова, который он именовал эмпирическим, свой собственный взгляд на проблему, который он назвал метафизическим[2]. Эмпирически действительно то, что приведёт при предъявлении иска к вынесению в пользу истца судебного решения, зависит от массы факторов, некоторые из которых прямого отношения к наличию или отсутствию у негонарушенного материального права не имеют. И в этом смысле общим знаменателем в праве на защиту действительно выступает абстрактное право на предъявление иска.

Однако вопрос ведь можно поставить и по-другому: в чём цель и самого процесса как процедуры, построенной по определённым принципам, и институтов судебной власти, врамках которых эти процедуры осуществляются, а принципы воплощаются? Их цель – защита материального права[3]. В этом смысле материальное право всегда так или иначе «присутствует» в процессе. Нормальным стандартным случаем следует считать тот, когда действительно управомоченный использует иск для защиты своего права. А из того, что иногда это не так, не следует, что связь с материальным правом вообще не имеет значения для института и процедур. В этом смысле материальное право выступает своеобразным трансцендентальным условием процесса.

[1] Ibidem.
[2] Ibidem.
[3] Wach A. Op. cit.

Однако, с другой стороны, Вах вполне признавал и возможность обратной ситуации, когда материальное право существует, но не может быть защищено в суде (например, в случае недоказанности). Признание возможности такого оборота событий является прямым следствием компромиссной позиции Ваха по поводу роли материального права в процессе. Материальное право – это прежде всего внепроцессуальная реальность. Но процесс обладает своими собственными закономерностями, действие которых в некоторых случаях блокирует реализацию внепроцессуального материального права в процессе. Объединение этих двух тезисов (приоритет внепроцессуального материального права и автономия гражданского процесса) и даёт в итоге то, что принято называть дуалистической теорией соотношения частного права и гражданского процесса.

Изложенное позволяет понять амбивалентную природу теории права на защиту. С одной стороны, Вах пытается удержать рациональную связь между материальным правом и процессом, интерпретируя эту связь телеологически (материальное право – цель процесса). Это соответствует нашим базовым интуициям относительно *raisons d'etre* юрисдикционных процедур. Важной импликацией такого взгляда является представление о внепроцессуальном статусе материального права. Материальное субъективное право существует в принципе вне и независимо от процедур его защиты и лишь защищается при помощи этих процедур.

Однако этот тезис нужно согласовать с другим, идущим от сторонников автономного гражданского процесса представлением о том, что механизм юрисдикционной защиты прав может иногда или приводить к результатам, материальному праву вне процесса не соответствующим, или вообще работать «вхолостую», когда процедура инициируется и проводится из-за обращения лица, которое вообще не обладает материальным правом, ради защиты которого эта процедура вроде бы проводится.

Соединить эти два элемента в непротиворечивом синтезе практически невозможно. Вах, как и большинство процессуалистов и тем более подавляющее большинство цивилистов, не готов принять радикальные импликации теории Бюлова. Но одновременно Вах стремится удержать и рациональное ядро тезиса об автономии гражданского процесса. Основная проблема любой дуалистической конструкции права на защиту состоит в том, что материальное право – это одновременно необходимая цель процесса (только так можно связать материальное право и процесс) и избыточный его элемент (случаи, когда процесс инициирован лицом, которое не обладает материальным правом, а также случаи недоказанности материального права и некоторые другие случаи).

Именно с учётом этого контекста и следует интерпретировать рассуждения о том, что право на защиту фиксирует публично-правовую связь между частным лицом и государством, а не частноправовое требование одного частного лица к другому. Конструкция этой связи в сугубо

публично-правовом ключе невозможна в принципе, поскольку не объясняет существующей связи между процессом и материальным правом, а если и объясняет, то ценой появления в высшей степени экзотических теоретических конструкций[1]. По этой причине приходится прибегать к дуалистической конструкции права на защиту, которое одновременно обращено к суду, но направлено против предполагаемого должника.

Вышесказанное позволяет лучше понять контекст возникновения теоретической модели права на защиту, которую предложил Ганс Кельзен. По существу, Кельзен предпринял весьма продуманную и убедительную попытку интеграции матриального права и права на защиту, иными словами, попытку преодолеть проблему, решить которую удовлетворительно не удавалось ни на началах материально-правовой теории, ни с позиций процессуальной или дуалистической теории права на иск.

Очевидная и трудно разрешимая проблема, которая сразу же возникает перед исследователем, состоит в том, как объединить в едином и непротиворечивом понятии право на чужое поведение и право на защиту в случае его нарушения. Мало того, что эти права могут иметь разное содержание, они существуют относительно различных субъектов. Оригинальность решения Кельзена как раз и заключалась в том, что он смог предложить убедительное решение указанной проблемы. Решение в основных чертах сводится к следующему.

Возможность принудительного осуществления с помощью публичной власти представляет собой, по мнению Кельзена, необходимый реквизит понятия юридической обязанности (императива)[2]. Именно возможность принудительной реализации независимо от воли должника и составляет важный реквизит юридического императива, который отличает его от иных видов социальных норм. Понятие обязанности в объективно-правовом смысле, по мнению Кельзена, является основой действия юридического механизма. Например, в рамках интересующей нас пары «право на чужое поведение/обязанность» именно последняя категория играет системообразующую роль.

Право требования (притязание) как коррелят обязанности является лишь «рефлексом» (*Reflexrecht*) объективно-правовой обязанности[3]. Связано это с тем, что интерес управомоченного в правах на чужое поведение удовлетворяется практически исключительно активностью обязанного субъекта. Это и отличает притязания от прав господства или

---

[1] Примером подобного рода являются весьма интересные рассуждения германского процессуалиста Джеймса Гольдшмидта, который, чтобы избежать рисков дуалистической теории, сформулировал понятие «материальное процессуальное право» (*materielles Justizrecht*), под которым понимается материальное частное право в процессуальной форме, т.е. с учётом того, что процесс может давать иной результат, чем материальное право (вследствие недоказанности требования стороны, пропуска сроков и т.п.) (см.: Goldschmidt J.P. Der Prozeß als Rechtslage. Berlin: Springer, 1925).

[2] Kelsen H. Reine Rechtslehre.

[3] Ibidem.

преобразовательных (секундарных) прав, в которых акцент перенесён на активность самого управомоченного субъекта. Соответственно, если роль управомоченного на чужое поведение остаётся пассивной, то его нельзя рассматривать иначе, как выгодоприобретателя действий должника. Управомоченный в данном случае лишь пассивный «реципиент», получатель блага, переход которого в его пользу обеспечивается активностью должника. По этой причине Кельзен отказывался признать за правом на чужое поведение как таковым статус субъективного права.

Однако не следует забывать о понятии принуждения, которому Кельзен придавал столь важное значение. Как меняется правовое положение управомоченного права на чужое поведение, если должник не исполняет свою обязанность? Как мы уже отмечали, для Кельзена обязанностью в техническом смысле слова будет являться лишь императив, снабжённый возможностью принудительной реализации. В рассматриваемом случае возможны две ситуации. Во-первых, публичная власть в случае неисполнения должником своей обязанности может по собственной инициативе начать юрисдикционные процедуры, результатом которых будет принуждение должника к исполнению обязанности. Во-вторых, возможно предоставление инициативы в защите нарушенного права самому управомоченному. Именно во втором случае, по мнению Кельзена, право на чужое поведениеприобретает характер субъективного права в техническом смысле слова.

В самом деле, если инициатива в принудительном осуществлении права зависит исключительно от усмотрения управомоченного лица, то и действие самого юридического императива, исполнение юридической обязанности должника также в конечном счёте оказывается зависимым от воли управомоченного. Если на донарушенной стадии управомоченный, по мнению Кельзена, остаётся пассивным выгодоприобретателем чужого поведения, то в случае нарушения обязанности инициатива переходит к кредитору. Поэтому если рассматривать эти две стадии вместе, то получается, что реализация обязанности должника зависит от усмотрения кредитора, что точно вписывает эту ситуацию в рамки понятия субъективного права как «господства воли» управомоченного.

Что даёт основания структурного сопряжения притязания и права на защиту в единое субъективное право? Прежде всего тезис о необходимости принудительного обеспечения любой обязанности, если она носит юридический характер. Если рассматривать притязание к должнику до факта нарушения отдельно от права на защиту после факта нарушения, то получается, что принудительно обеспеченной является только обязанность должника после факта нарушения. Обязанность до факта нарушения может осуществляться лишь добровольно. Это противоречит исходной посылке, в соответствии с которой *любая* юридическая обязанность должна быть обеспечена возможностью принуждения. Избежать этого вывода

можно, если структурно сопрячь обязанности на донарушенной стадии и после факта нарушения, сделав нарушение обязанности условием принуждения. Другими словами, обязанность юрисдикционного органа применить к неисправному должнику меры государственного принуждения делает и саму основную обязанность должника в известном смысле снабжённой принуждением, поскольку факт её нарушения является условием применения государственного принуждения. Добиться такого результата можно только в том случае, если рассматривать обязанности на донарушенной и нарушенной стадиях как части единого юридического императива. Обязанность суда применить принуждение обусловлена наличием и фактом нарушения обязанности должника перед кредитором. Таким образом, и эта последняя обязанность, становясь условием применения государственного принуждения, косвенно сама приобретает характер принудительности. А поскольку инициатива в реализации этого единого императива принадлежит управомоченному, то указанная объективная обязанность таким образом трансформируется в обязанность субъективную, которой противостоит субъективное право, не просто «рефлекс» обязанности.

Вариант решения, предложенный Гансом Кельзеном, как мы видим, позволяет ответить одновременно и на вопрос об основаниях интеграции материального частного права и права на защиту, и на вопрос о формальных критериях отличия субъективного права от объективного, и на вопрос о роли распорядительных действий управомоченного (инициатива в защите нарушенного права). Кельзен, по существу, первым предложил чёткий и продуманный ответ на вопрос о причинах объединения материального права и права на защиту, несмотря на их различия и по содержанию, и даже по субъектному составу.

Бесспорно, как любая амбициозная теория высокого уровня, теоретическая модель Кельзена вызвала резкую критику. Основная проблема теории Кельзена состоит в том, что он слишком жёстко связывает право с юрисдикцией. Юридический императив (обязанность) обращён к правоприменителю (в нашем случае – к судье), это предписание применить санкцию к частному лицу. При этом факт обязанности частного лица возникает лишь опосредованно, косвенно, как следствие того, что в случае неисполнения предписанного поведения частным лицом у судьи возникает обязанность применить к этому частному лицу санкцию. Иначе говоря, обязанность частного лица, точнее, её неисполнение, выступает в качестве условия возникновения у него обязанности претерпевать применение к нему санкции. Трудно принять идею, лежащую в основе всей конструкции, в соответствии с которой обязанности всегда обращены прежде всего к должностным лицам, применяющим санкции, а не к обычным субъектам. Тем не менее проблему дуализма в защите права эта теория решает.

Всю историю развития учения о праве на защиту и соотношении материального субъективного частного права и процессуальной формы его осуществления от Савиньи до

Кельзена в интересующем нас аспекте можно резюмировать следующим образом: на первом этапе Савиньи, Пухта и Виндшайд сформулировали пандектистскую концепцию субъективного частного права как «господства воли» и предприняли попытку распространить эту концепцию и на случаи обращения управомоченного за защитой своего нарушенного права к суду. На втором этапе усилиями германских процессуалистов второй половины XIX в. было обращено внимание, что процесс не является просто модусом осуществления материального субъективного права и его результат может не совпадать с материально-правовыми отношениями вне процесса. Это в свою очередь поставило доктрину перед выбором: или радикально отделить материальное право от гражданского процесса, объявить право на обращение в суд просто элементом правоспособности любого субъекта права, а не только действительно управомоченного, т.е. атрибутом нарушенного материального права, или каким-то образом согласовать то, что защита материального права является целью процесса, с фактом, что иногда результат процесса может не приводить к защите реально существовавшего вне процесса материального права.

Первый вариант означает, что инициатива кредитора в реализации права на защиту не может рассматриваться как проявление его «господства» по отношению к поведению должника, поскольку адресатом этого права является не должник, а публичная власть, и содержание права, строго говоря, не связано с нарушенным материальным правом, а представляет собой лишь право на судебную процедуру, по результатам которой только и выяснится, обладает истец материальным правом или нет. Но подобная трактовка слишком радикальна, чтобы стать предметом доктринального консенсуса. Процесс зависит от материального права, истец на любом его этапе может совершить распорядительные действия с соответствующим материальным правом, и это повлияет на процесс, что совершенно необъяснимо с точки зрения полной автономии процесса.

Остается лишь одно: вернуться к попытке интеграции материального субъективного права и права на защиту. Это весьма сложная догматически задача, однако, как показывает пример Кельзена, задача, осуществимая в принципе. Интересно и то, что именно инициатива управомоченного в защите материального права явилась у Кельзена тем ключевым параметром, который позволил не только объединить притязание и право на защиту, но и отчётливо продемонстрировать, почему и в том, и в другом случае речь идёт о *субъективном* праве, а не просто о рефлексе объективно-правовой обязанности.

Теперь можно сформулировать ответ на критику тех, кто отказывается видеть в инициативе управомоченного в защите его материального права проявление свойственного любому субъективному праву признака распорядительности. Из всех теоретических моделей соотношения материального права и юрисдикционной формы его защиты только одна может

рассматриваться как свидетельствующая о том, что право на защиту вообще не относится к защищаемому материальному субъективному праву, – это теория в духе построений Оскара Бюлова. Но как раз именно Бюлов, как полагают некоторые исследователи[1], и не сделал подобного вывода и опирался на материально-правовую трактовку права на иск в духе Виндшайда. Более того, Бюлов в принципе скептически относился к попыткам перенесения конструкции притязания в публичное право, прежде всего в гражданский процесс. Этому препятствовало, по его мнению, то обстоятельство, что формальным правом на обращение за защитой в суд обладает любое лицо, а не только управомоченный в материально-правовом смысле. По этой причине право на обращение в суд не может рассматриваться в качестве субъективного права в техническом смысле слова. Иначе говоря, из конструкции Бюлова вытекает то, что право на иск в материально-правовом смысле не может быть производным от процессуальной правоспособности субъекта права. Следовательно, единственный вариант, который остаётся, заключается в отнесении права на иск к самому защищаемому материальному праву.

Все остальные теоретические модели так или иначе интегрируют материальное право и право на защиту. Следовательно, предоставление управомоченному инициативы в защите своего права может рассматриваться как элемент самого этого материального права и как проявление распоряжения правом. Здесь также возможны варианты. Можно попытаться интегрировать материальный и процессуальный элементы в рамках единого права (притязания) на защиту. Этот вариант выбрали А. Вах, К. Хелльвиг и многие другие. Либо можно вернуться в той или иной форме к материально-правовой интерпретации права на иск. Это свойственно концепциям Г. Кельзена, Г. Зибера, Дж. Гольдшмидта и некоторым другим.

Дуалистическая конструкция права на защиту опирается на разработанное германскими специалистами по публичному праву учение о субъективных публичных правах. Эта теория носит уникальный характер и опять-таки определяется исключительно германским историческим и социокультурным контекстом XIX в. Основу её составляет характерная для германской публицистики середины XIX в. попытка выделить автономную и деполитизированную концепцию публичного права[2]. Особенность германского контекста того периода заключалась прежде всего в странном сочетании практик авторитарного прусского режима, контролируемого военно-феодальными элитами, с развитой рыночной экономикой и влиятельным гражданским обществом, значительной долей образованного урбанизированного слоя в населении Пруссии и в ещё большей степени – в южно-германских государствах. Эта своеобразная социальная структура германского общества требовала не только развитого

[1] Simshäuser W. Op. cit.
[2] Pauly W. Op. cit.

частного права, что было обеспечено усилиями исторической школы и пандектистики, но и некоторых базовых оснований публичного права, прежде всего направленных на обеспечение правовых гарантий личности по отношению к авторитарному государству. Именно этот социокультурный контекст и определил то, что развитие теории публичного (конституционного и административного) права пошло не по французскому пути, в котором основными были доктрины о суверенитете нации, вопросы избирательного права и парламентской процедуры. Напротив, основным компонентом германской теории публичного права стало учение о субъективных публичных правах.

Эта ситуация вполне объяснима, учитывая различный контекст исторического развития в двух основных континентальных правопорядках. Во Франции проблема отстранения военно-феодальных элит от власти была решена ещё в ходе революции 1789 г. По этой причине и государственный аппарат, и легислатура, и исполнительная власть, и суды контролировались выходцами из буржуазии ещё со времён наполеоновского режима. Поэтому государственный аппарат отражал интересы господствующих социальных групп адекватно и полно через *политические* механизмы представительства. Соответственно, основное содержание публичного права касалось регулирования политического представительства.

Ничего подобного не имело места в Германии вплоть до середины XX в. Государственный аппарат плотно контролировался военно-феодальными элитами, которые не были элиминированы из-за неудачной и незавершённой революции 1848 г. Соответственно, публичное право не могло в основном касаться норм о политическом представительстве. Политическое представительство требует признания суверенитета нации, а как раз этот вопрос был далёк от определённости применительно к Германии до 1918 г. По этой причине юридическая конструкция государства как бы «повисла в воздухе». Не было ясно, является государство учреждённым нацией или монархом. Отсюда известная концепция так называемого *Anstaltsstaat,* государства-«учреждения»[1]. Это повлияло на ключевые концепции публичного права.

Главным в нём был акцент на гарантии личных прав подданных, которые авторитарный германский режим всё-таки должен был гарантировать, поскольку без них стабильное функционирование рыночной экономики невозможно. Иначе говоря, собственно политические институты представительной демократии были изъяты из публичного права, отсюда и идея деполитизации конституционного и административного права, свойственная германской теории публичного права[2].

Юридико-технически для формирования учения о субъективных публичных правах была

[1] Schönberger C. Op. cit.
[2] Gaillet A. Op. cit.

использована цивилистическая конструкция притязания в том смысле, в котором её понимал Виндшайд. Речь идёт о праве индивида на чужие действия, на действия государства. Государство трактовалось также вполне в цивилистическом духе, как особое юридическое лицо. Эта постановка вопроса совершенно непонятна во Франции, где в конституционном праве государство понимается как «нация», в основе своей политический, а не юридический институт. Задача же германской теории публичного права как раз в том и состояла, чтобы максимально деполитизировать и юридизировать публичное право. Соответственно, отношения между гражданином и государством трактовались как правоотношение, содержанием которого являются право на чужое поведение и обязанность определённого поведения.

Особенность этого притязания в публичном праве виделась германскими теоретиками в том, что соответствующее правоотношение существовало как результат самоограничения государства и в этом смысле имело вертикальный, а не горизонтальный характер. Ещё со времён основателя германской публично-правовой доктрины Карла Гербера государство мыслилось как находящееся над обществом и правом, как гарант права[1]. Соответственно, обязанности государства перед подданными могли трактоваться исключительно как следствие его самоограничения. Поэтому и характер юридической связи между государством и подчинёнными ему субъектами мог быть лишь вертикальным. В этом и виделось отличие публично-правовых отношений от частноправовых.

Именно эту концепцию и использовали сторонники дуалистической теории права на защиту, прежде всего её основной протагонист Адольф Вах. Она как нельзя лучше подходила для специфических задач процессуальной теории. Прежде всего теория субъективных публичных прав помогла дать более или менее убедительный ответ на возражения против концепции права на защиту как субъективного права (в первую очередь со стороны Оскара Бюлова). Возражения эти касались того, что право на обращение в суд является атрибутом правоспособности любого субъекта права, а не специальным субъективным правом. Поскольку субъективные права в их традиционном частноправовом понимании – это прежде всего *приобретенные* права, они не возникают у всех субъектов одновременно, подобно правоспособности, а их возникновение, изменение и прекращение зависят от конкретных юридических фактов, т.е. прежде всего от активности самих субъектов частного права.

Однако сама конструкция субъективного публичного права как следствия самоограничения государства в пользу личности предполагала, что субъективные публичные права не вполне соответствуют модели классического субъективного частного права. Основатель теории субъективных публичных прав, выдающийся германский

[1] Gerber C.F. Über öffentliche Rechte. Tübingen: H. Laupp, 1852.

конституционалист Георг Еллинек прямо признавал это[1]. В смысле цивилистической теории субъективное публичное право в большей степени напоминает правоспособность, а не конкретное приобретённое право.

Эта конструкция юридического отношения между государством и гражданином показалась сторонникам дуалистической теории права на защиту весьма перспективной, и они перенесли её в гражданский процесс, при этом внеся существенное изменение: право на защиту получило не только публично-правовое измерение, но и частноправовое. Поскольку предоставление государством судебной защиты носит не произвольный характер, а вытекает из материально-правовых отношений субъектов частного права, защита права государством (публично-правовой элемент) должна вытекать из частноправового отношения между сторонами. По этой причине право на защиту – это не просто право на обращение в суд с иском как часть правоспособности, это право на *удовлетворение* иска по материально-правовым основаниям, право к ответчику, обращённое к суду.

Несмотря на бросающуюся в глаза натяжку, объединение совершенно разнородных компонентов (материального частного права, принадлежащего исключительно субъекту, право которого действительно нарушено, и права на обращение в суд, принадлежащего любому субъекту частного права), это объединение по-своему логично. Только таким образом можно, сохраняя автономию процесса, связать его с материальным правом. Но и в данном случае мы наблюдаем всё ту же картину, характерную для субъективных прав на чужое поведение, – роль инициативы и активности самого управомоченного, от усмотрения которого зависит движение процесса защиты права. Как ни трактовать право на защиту, оно в любом случае оказывается зависимым от нарушенного или оспариваемого материального частного права и в любом случае его осуществление оказывается зависимым от воли управомоченного. И это касается *любой* теоретической конструкции права на иск.

В заключение несколько слов о том аргументе против признания права на иск элементом содержания самого материального частного права, который обращает внимание на отсутствие в праве на защиту распорядительного элемента, поскольку реальное изменение прав и обязанностей субъектов осуществляется судом, а не усмотрением самого субъекта. Но это типично для всех преобразовательных судебных решений. В некоторых случаях секундарные (преобразовательные) права реализуются исключительно при помощи суда, а не просто односторонним волеизъявлением управомоченного. Тем не менее *инициатива* в осуществлении соответствующего права посредством судебной процедуры всё равно принадлежит управомоченному. Он же может принять суверенное решение *не осуществлять* своё право и не предъявлять требование в суд. Соответственно, судебная форма осуществления

[1] Jellinek G. System der subjektiven öffentlichen Rechte. Tübingen: Mohr Siebeck, 1892. S. 57–82.

права на защиту, как и некоторых видов секундарных прав, – это лишь *форма* осуществления материального частного права, а не особое право к государству непонятного содержания.

4.4. Права на собственное поведение и дозволения в частном праве

Понятие права на собственное поведение как особого типа субъективного правомочия относятся к наиболее дискуссионному проблемному полю, как в цивилистической, так и в общетеоретической литературе, как в континентальной, так и в англо-американской доктрине. Если понятие права на чужое поведение и вызывало хронические споры относительно его существа, структуры, элементов, то сам факт его существования никогда не оспаривался. Иным образом дело обстоит с понятием права на собственное поведение.

Применительно к праву на собственное поведение даже терминологическая проблема стоит гораздо острее. Традиция употребления понятия права на чужое поведение, а также терминов, признаваемых синонимами, таких как притязание, право требования, более или менее устоялась[1]. Относительно же прав на собственное поведение дело обстоит иначе. Кроме термина право на собственное поведение[2], в германоязычной доктрине столь же широко распространён термин дозволение (*Dürfen*)[3].

Термин «*Dürfen*» в буквальном переводе и означает дозволенность, разрешённость. Однако как разновидность права на собственное поведение *Dürfen* противопоставляется Koennen. Отличие двух видов юридических возможностей собственного поведения управомоченного касается их содержания. Если *Dürfen* предоставляет возможность совершения действий фактического характера, то *Können* предполагает совершение юридически значимых действий, прежде всего сделок. В настоящее время нас интересует именно первая разновидность субъективно-правовых возможностей, предполагающая право на собственное поведение фактического характера.

Точно перевести на русский язык пару *Dürfen* / *Können* непросто. Вероятно, самым близким будет пара «дозволение / возможность». Это не идеальный перевод, поскольку дозволение предоставляет возможность, а возможность (в юридико-позитивистском контексте) предполагает дозволенность, предоставление дозволения. Характеризующаяся большей пластичностью и возможностью лучше передавать оттенки смысла германская терминология подразумевает в случае использования термина «*Dürfen*» акцент на предоставлении возможности, а в случае «*Können*» – на собственных действиях управомоченного. Это логично, поскольку возможности *Können* предполагают совершение управомоченным сделок, действий компетенционного характера. Уровень активности управомоченного в данном случае куда выше, нежели это имеет место применительно к правам разновидности *Dürfen*. В дальнейшем мы отождествляем *Dürfen* и дозволения.

---

[1] Portmann W. Op. cit.
[2] Schulev-Stedl E. Op. cit. S. 79–100.
[3] Portmann W. Op. cit. S. 173–196.

Эти же феномены получили отражение в классификации Л. Хофельда, который для описания явления, близкого по значению германскому *Dürfen*, использовал два термина: «*liberty*» или «*privilege*». Явление же, аналогичное германскому *Können*, описывалось при помощи категории «*power*». Перевод на русский язык терминов «*liberty*» и «*privilege*» представляет определённые трудности. Первый термин буквально переводится как «свобода», что как раз фиксирует семантику наделения управомоченного возможностью собственного поведения. Но этот термин слишком широко используется в континентально-правовой традиции и имеет уже ряд устоявшихся значений, которые не совпадают с тем значением, которое ему придаёт Хофельд. Второй термин буквально переводится как «привилегия», что акцентирует на исключительности правового положения управомоченного, поскольку привилегия – это часто то, чего нет у других, преимущество, предоставленное в порядке исключения. Строго говоря, и этот термин в континентально-правовой традиции имеет давнюю историю и его употребление совсем не совпадает с тем, как его понимал Хофельд[1]. Однако у термина «привилегия» меньше различного рода коннотаций, что делает его более предпочтительным для использования в контексте анализа теории Хофельда.

Мы будем пользоваться применительно терминами «дозволение», «право на собственное поведение», «привилегия» как синонимами, понимая условность подобного обобщения словоупотребления. Ведь, строго говоря, *Können* и *power* также относятся к дозволениям и предоставляют управомоченному возможности для собственного поведения.

Как уже отмечалось выше, существует влиятельная традиция, основанная на отрицании прав на собственное поведение, дозволений в качестве самостоятельной категории субъективно-правовых возможностей. Эта традиция, восходящая к Августу Тону и Гансу Кельзену, и по сей день имеет авторитетных сторонников[2]. Критики понятия дозволения использовали несколько базовых аргументов[3].

Основной тезис противников самостоятельного характера дозволений как особой разновидности субъективно-правовых возможностей состоит в их избыточности. Дозволения представляют собой всего лишь отсутствие обязанности или запрета, которое не является какой-то самостоятельной техникой регулирования, отличной от обязанности (и запрета). По этой причине не существует никакой необходимости специально выделять такого рода

[1] Das Privileg im europäischen Vergleich / Hrsg. von B. Dölemeyer, H. Mohnhaupt. Bd. 1. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1997; Bd. 2. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1999.
[2] Eicher J. Op. cit.
[3] В отечественной юридической литературе эта точка зрения также получила солидное обоснование. См.: Иоффе О.С. Правоотношение по советскому гражданскому праву. Л.: Издательство Ленинградского университета им. А.А. Жданова, 1949; Магазинер Я.М. Избранные труды по общей теории права. СПб.: Юридический центр Пресс, 2006; Райхер В.К. Абсолютные и относительные права. (К проблеме деления хозяйственных прав). В особенности применительно к советскому праву // Вестник гражданского права. 2007. Т. 7. № 2. С. 144-204.

самостоятельную категорию[1].

В самом деле, отсутствие запрета (или обязанности) – это всего лишь отсутствие запрета. А отсутствие обязанности или запрета свидетельствуют об отсутствии регулирования. Можно ли всерьёз простое отсутствие запрета или обязанности считать особой формой правового регулирования? Незапрещённое поведение является, скорее, юридически безразличным, чем предметом дозволительного регулирования.

Второй крайне интересный и популярный в среде сторонников формальной теории тезис состоит в том, что право регулирует всегда отношения между субъектами, поэтому в конечном счёте права – это всегда права на *чужое* поведение[2]. Если считать, что обязанность представляет собой основной, если не единственный, способ регулирования, воздействия права на поведение, то очевидно, что дизайн соответствующего типа регулирования будет предполагать регулирование чужого поведения. Даже если регулирование посредством обязанностей создаёт преимущества или возможности у другого субъекта (того, в пользу которого обязанность закрепляется), эти возможности являются лишь следствием или рефлексом[3] самой обязанности, а не самостоятельным механизмом правового регулирования.

Из этого аргумента вытекает и ещё один, дополнительный. Понятие дозволения становится не просто бессмысленным, но и *избыточным*, как способ описания соответствующих юридических отношений субъектов. Вся таким образом понимаемая юридическая реальность описывается при помощи категории обязанности (или обязанности и запрета). Просто нет никакой необходимости прибегать к более сложному способу описания, если существует более простой и экономный.

По этой причине даже в том случае, если норма права expressis verbis сформулирована в качестве дозволения, её следует «читать» как отсутствие обязанности. Критики категории дозволения выделяют несколько ситуаций, в которых обычно фигурирует понятие дозволения[4]. Во-первых, речь идёт о случаях, когда регулирование вообще отсутствует, создаётся «свободное от права пространство» (*rechtsfreier Raum*). В подобных случаях право вообще никак не регулирует соответствующее общественное отношение и дозволение выступает в качестве следствия отсутствия регулирования вообще. Иными словами, в рассматриваемом случае дозволение представляет собой фактическую возможность определённого поведения, возникающую как следствие отсутствия регулирования.

Сторонники концепции *rechtsfreier Raum* при этом подчёркивают, что дозволение как юридический, а не фактический феномен может существовать только как исключение из

[1] Thon A. Op. cit. S. 288–324.
[2] Dubischar R. Op. cit. Kap. 5.
[3] Schulev-Stedl E. Op. cit. S. 81.
[4] Ibid. S. 79–100.

запрета или освобождение от обязанности. Другими словами, дозволение приобретает юридическое значение только в том случае, если становится исключением из запрета или освобождением от обязанности, сделанным для отдельного лица или категории лиц. Но в случае с простым отсутствием регулирования в *rechtsfreier Raum* нельзя сделать вывод, что фактическая возможность определённого поведения является следствием исключения из запрета или освобождения от обязанности, поскольку правовое регулирование отсутствует в принципе.

Теоретически можно возразить на это, опираясь на принцип всеохватности (*comprehensiveness*) национального права, в соответствии с которым на территории действия национальной правовой системы (совпадающей с территорией соответствующего национального государства) в принципе не существует вопросов, которые не могли бы быть предметом правового регулирования[1]. Нечто подобное имел в виду Ганс Кельзен, когда полагал, что отсутствие регулирование представляет собой вид регулирования, поскольку потенциально регулирование путём создания запретов и обязанностей может иметь место[2]. Иными словами, не существует областей, которые могли бы быть изъяты из сферы возможного регулирования со стороны национальной правовой системы. Этот принцип может быть интерпретирован в том смысле, что сам факт отсутствия регулирования нужно рассматривать как результат осознанного политико-правового решения со стороны соответствующего национального правопорядка. В таком случае фактическая возможность, являющаяся следствием отсутствия регулирования, приобретает характер юридической возможности.

Вариантом этого тезиса является идея, в соответствии с которой правопорядок может исходить в подобных случаях из действия одного общего принципа: либо «всё, что не запрещено, разрешено законом», либо «всё, что прямо не разрешено, запрещено». В таком случае и в самом деле фактическая возможность, появившаяся как результат отсутствия правового регулирования, приобретает характер исключения из запрета или освобождения от обязанности, поскольку отсутствие регулирования трактуется как общий запрет или общее дозволение.

Однако, как справедливо отмечают сторонники концепции *rechtsfreier Raum*, обапринципа – и «всё, что не запрещено, разрешено», и «всё, что не разрешено, запрещено», – вряд ли отражают реальности существующих национальных правовых систем[3]. Иногда отсутствие регулирования – это просто отсутствие регулирования, и ничего больше. По этой причине тезис о фактическом, а не юридическом характере возможности поведения, возникшей как следствие

[1] Schultz Th. Transnational Legality: Stateless Law and International Arbitration. Oxford: Oxford UniversityPress, 2014. P. 73.
[2] Kelsen H. Allgemeine Theorie der Normen. Wien: Manz, 1979. S. 106.
[3] Schulev-Stedl E. Op. cit. S. 83.

отсутствия регулирования, в данном случае выглядит убедительным.

Проблемы с этим тезисом возникают тогда, когда ту же схему дозволения как фактической возможности пытаются распространить на те дозволения, которые прямо сформулированы в норме права и являются исключениями из запрета или освобождением от обязанности. Логика рассуждений в данном случае следующая. Само по себе дозволение не порождает обязанностей для кого бы то ни было: ни для самого субъекта, которому оно предоставлено, поскольку дозволение по определению представляет собой отсутствие обязанности, ни для других лиц, поскольку их поведение регулируется не самим дозволением, а запретом, исключением из которого и является дозволение. В самом деле, предположим, что существует некоторый общий запрет для всех, из которого сделано исключение для одного лица. Предоставление исключения не изменило правовое положение всех остальных лиц, в отношении которых запрет продолжает действовать. Более того, свобода поведения, которая возникает у субъекта дозволения, обеспечивается не самим дозволением, а общим запретом. Другими словами, возможность определённого поведения у субъекта дозволения возникает вследствие того, что всем остальным эта возможность поведения запрещена.

По этой причине все основную регулятивную нагрузку в данном случае выполняет обязанность (или запрет), а не дозволение. Дозволение же представляет собой лишь фактическую возможность, возникающую как следствие общего запрета (обязанности) для всех и исключения из общего запрета (обязанности), сделанного для субъекта дозволения. И в этом смысле не имеет значения, что дозволение в рассматриваемом случае прямо сформулировано в норме права. Дозволение в этом случае несёт ровно столько регулятивнойнагрузки, сколько оно несёт в случае, когда оно совсем не сформулировано в норме, а выступает лишь следствием отсутствия регулирования.

Применительно к интересующим нас субъективным частным правам работу этой теории легче всего продемонстрировать на примере конструкции права собственности. Как известно, традиционно выделяют два основных элемента в содержании права собственности в субъективном смысле: во-первых, правомочия на собственное поведение, дозволение, во-вторых, право к иным лицам требовать воздержания от нарушения права собственности. Естественно, что критики самостоятельности категории дозволения предприняли попытку редуцировать дозволение к запрету и в данном случае[1]. Возможность совершать фактические действия (владеть и пользоваться вещью), которыми обладает собственник,является следствием установления общего запрета воздерживаться от нарушения чужого права собственности. Именно запрет всем иным лицам препятствовать собственнику и создаёт у последнего фактическую возможность собственного поведения относительно объекта права собственности.

[1] Eicher J. Op. cit.

Характерно и то, что юридически в такой конструкции центр тяжести в удовлетворении интереса собственника перенесён на действия обязанных лиц, а не управомоченного. Другими словами, право собственности формулируется по модели права требования. Дозволение редуцируется к притязанию. Право на собственное поведение переописывается в категориях права на чужое поведение. Это хорошо монтируется с представлением критиков самостоятельности категории дозволения, в соответствии с которым субъективно-правовые возможности – это всегда права на чужое поведение.

Сами по себе фактические возможности, которыми обладает собственник в отношении принадлежащей ему вещи, юридически иррелевантны, поскольку представляют собой лишь исключительно следствие действия запрета. У самого дозволения, таким образом, нет ровным счётом никакой регулятивной роли. И в этом смысле любое дозволение следует трактовать как фактическое следствие отсутствия регулирования (обязанности и запрета) либо исключения из регулирования.

Рассматриваемая редукционистская теория дозволения никогда не была популярна в среде цивилистов[1], несмотря на огромный успех в среде теоретиков права и специалистов по публичному праву[2]. При этом необходимо признать, что с сугубо формальной точки зрения, эту аналитически хорошо продуманную теорию сложно опровергнуть. Тем не менее убедительная критика редукционизма не заставила себя долго ждать, хотя и пришла из неожиданного источника.

Американский теоретик Лесли Хофельд предложил интересную аналитическую модель субъективного права, которая оказала огромное воздействие на всё дальнейшее развитие учения о субъективных правах[3]. Замысел автора заключался в анализе субъективно-правовых возможностей, составляющих понятие субъективного права, с целью чётче определить их структуру. В этом смысле задача автора состояла, главным образом, в том, чтобы понять, из каких простейших элементов состоит субъективное право. Хофельд предложил четыре пары исходных элементов, к которым, по его мнению, сводится любая субъективно-правовая возможность. Элементы каждой из пар являются коррелятами друг друга, они фиксируют активную и пассивную стороны соответствующего элементарного правового отношения. Среди этих четырёх пар нас будет интересовать пара: *privilege* (*liberty*) / *non-right*.

В самом общем виде речь идёт о следующем. Под привилегией Хофельд понимал право на

[1] В отечественной цивилистике большинство склонялось признанию права на собственное поведение. См.: Братусь С. Н. Субъекты гражданского права. М.: Государственное издательство юридической литературы, 1950; Иоффе О.С. Спорные вопросы учения о правоотношении // Иоффе О.С. Избранные труды по гражданскому праву. М.: Статут, 2000, С. 653 - 699; Флейшиц Е.А. Соотношение правоспособности и субъективных прав // Вопросы общей теории советского права. Сборник статей. М.: Госюриздат, 1960. С. 255-283.

[2] В русскоязычной теоретической литературе общую постановку проблемы дал С.С. Алексеев: Алексеев С.С. Общие дозволения и общие запреты в советском праве. М.: Юридическая литература, 1989. 288 с

[3] Hohfeld W.N. Op. cit.

собственное поведение. Коррелятом привилегии является у Хофельда отсутствие права требовать (не) совершать действия, являющиеся содержанием привилегии (*non-right*). Иными словами, правовое положение активного субъекта этой элементарной пары, право на собственное поведение обеспечивается на пассивной стороне отсутствием у пассивного субъекта права требования. Закрепляется своего рода юридическая асимметрия: субъект привилегии имеет право на собственное поведение, и это его право обеспечивается тем, что пассивный субъект не имеет права требовать от управомоченного совершения или несовершения действий, являющихся содержанием привилегии. Таким образом, управомоченному обеспечивается право выбора, юридическая возможность совершать илине совершать определённые действия, которые мыслимы только при отсутствии у пассивного субъекта права требовать совершения или несовершения управомоченным соответствующих действий.

Предложенная Хофельдом конструкция противоречила всему тому, что континентальная цивилистика считала до сей поры незыблемым правилом: право на собственное поведение управомоченного обеспечивается запретом всем остальным лицам препятствовать ему. Другими словами, традиционная точка зрения исходила из того, что право на собственное поведение обеспечивается обязанностью к воздержанию, а не отсутствием права у неуправомоченного. Именно поэтому конечным пунктом развития континентально-правовой версии теории дозволения стала её редукция к понятию притязания и обязанности, как мы уже имели возможность убедиться.

В самом деле, если дозволение обеспечивается запретом (обязанностью), то очевидно, что субъект дозволения одновременно является субъектом права (притязания) требовать от всех иных лиц воздерживаться от нарушений его права на собственное поведение. Именно это право требования (притязание) и будет настоящим коррелятом соответствующей обязанности не нарушать чужое право на собственное поведение. Но в таком случае само дозволение исчезает: сводится лишь к фактической возможности, следствию существования общего запрета.

В таком случае необходимо либо вообще отказаться от понятия дозволения и описывать соответствующие отношения при помощи пары «право требования (притязание) / обязанность», либо доказать, что дозволение представляет собой нередуцируемое явление и показать его уникальность. По первому пути пошла континентальная теория, а Хофельд выбрал второй путь.

Для того чтобы лучше понять идею Хофельда, сравним две пары элементов: привилегию / отсутствие права, с одной стороны, и право требования / обязанность, с другой стороны. В некотором роде они контрастны по отношению друг к другу. Привилегия и право требования – это право на собственное и чужое поведение, соответственно. По мысли Хофельда логически эти две разные категории субъективно-правовых возможностей должны иметь различные, а не

одинаковые корреляты на пассивной стороне соответствующего элементарного правового отношения. В противоположном случае, как уже отмечалось, категория привилегии является избыточной.

В соответствии с этой логикой коррелятом права на собственное поведение на пассивной стороне должна быть не обязанность воздерживаться от нарушений права на собственное поведение, а отсутствие права на чужое поведение. Таким образом, закрепляется исключительный характер принадлежности права на собственное поведение: соответствующие правовые возможности принадлежат одному и не принадлежат другим. По мысли Хофельда из факта закрепления права на собственное поведение за одним лицом автоматически не следует того, что иные лица обязаны не препятствовать ему в реализации его права на собственное поведение. Проще говоря, привилегия разрешает управомоченному определённый тип собственного поведения без того, чтобы наложить на всех иных лиц обязанность воздерживаться от создания препятствий управомоченному. Пассивный субъект в соответствующем случае просто не имеет права на собственное поведение, аналогичное тому, которые принадлежит активному субъекту.

Здесь сразу же возникает вопрос: а какова ценность права на собственное поведение, если оно не сопровождается установлением обязанности не препятствовать его осуществлению? В самом деле, это довольно странная ситуация, когда мне предоставлена возможность совершить действие, этой возможности лишены иные лица, но при этом они могут чинить мне препятствия при совершении мной действий, которые мне разрешены.

Ответ на эти вопросы не так очевиден, как кажется на первый взгляд. В реальной действительности подобного рода ситуации происходят с завидной регулярностью. Типичный случай – конкурентная борьба на рынке. Предположим, что один предприниматель оказывал услуги на определённом рынке, куда пришёл другой предприниматель и начал оказывать аналогичные услуги. В результате часть клиентов первого предпринимателя стали клиентами второго, что существенно снизило доход первого предпринимателя. Если анализировать рассматриваемую ситуацию в категориях Хофельда, то получается следующее. Первый предприниматель обладал привилегией, правом оказывать определённые услуги на определённом рынке. Речь идёт о привилегии, а не о притязании как раз потому, что никому не запрещено чинить препятствий определённого рода, т.е. не конкурировать, не предложить альтернативу его услугам на том же рынке. Если мы квалифицируем право первого предпринимателя как включающее не только право на собственное поведение, но и право требовать воздерживаться от его нарушений, это означает, что любая конкуренция становится незаконной.

Иными словами, существует довольно большое количество ситуаций, когда из наличия

права на собственное поведение автоматически не следует наличие запрета чинить субъекту права на собственное поведение препятствия, удачно названное Нилом Саймондсом «конъюнкцией дозволения и запрета»[1]. Хофельд предложил в качестве примера проанализировать известное дело *Quinn v. Leathem*. Речь шла о том, что профсоюз организовал пикетирование возле магазинов предпринимателя (мясника), который нанимал в качестве служащих не только членов профсоюза. Целью пикетирования было заставить предпринимателя изменить свою позицию в виду репутационных рисков. Предприниматель посчитал подобное пикетирование нарушением его права на бизнес и подал в суд. Суд посчитал, что поскольку предприниматель имеет право на ведение бизнеса, то он имеет право и на то, чтобы требовать от всех иных лиц не чинить ему в этом препятствий[2].

Это рассуждение и представляет собой типичный случай конъюнкции «дозволения и запрета». Саймондс следующим образом реконструирует логику лорда-судьи Линдли:

1. предприниматель имеет право заниматься деятельностью, направленной на извлечение прибыли любым незапрещённым законом способом;

2. указанная свобода предпринимательской деятельности включает право заключать договоры с любыми заинтересованными лицами;

3. соответственно, каждый, кто препятствует свободному заключению договоров, препятствует и свободе предпринимательской деятельности:

4. пикетирование магазинов предпринимателя направлено на то, чтобы отпугнуть его потенциальных клиентов и помещать заключению соответствующих договоров, следовательно, является нарушением права на занятие предпринимательской деятельностью[3].

В самом деле, насколько логически безупречной было применение этой конъюнкции в рассматриваемом случае? Ведь профсоюз также имел право на собственное поведение (привилегию) выступать против того, чтобы предприниматель нанимал на работу лиц, не являющихся членами профсоюза, как и предприниматель имеет право (привилегию) на ведение бизнеса. Логический анализ корреляций Хофельда позволил понять, что *концептуальной* связи между дозволением и запретом не существует. Под концептуальной связью понимается необходимость, импликация, когда простое наличие одного по определению предполагает наличие другого.

Это не означает, что в реальности дозволение не сопровождается запретом никогда. Это далеко не так, и конструкция права собственности тому яркое свидетельство. Речь идёт только о том, что одно (дозволение) не предполагает другое (запрет) с логической необходимостью. Необходимо ли снабдить дозволение ещё и запретом в качестве «периметра охраны» – это

[1] Simmonds N.E. Op. cit.
[2] Ibidem.
[3] Ibid. P. 169–170.

вопрос не *логики норм*, а *социальной прагматики.* Конструкция права собственности предполагает необходимость конъюнкции дозволения и запрета, иначе трудно создать монополию управомоченного на определённый тип поведения. Но, например, в авторском праве существуют случаи, когда дозволение не предполагает абсолютного запрета.

В рассматриваемом деле судья исходил из логической импликации, наличия необходимой связи между правом на занятие предпринимательской деятельностью, с одной стороны, и обязанностью всех других чинить ему препятствия, с другой. Но сложность в том и заключается, что из того, что одному предоставлена возможность определённого поведения, логически не вытекает, что остальным запрещено чинить ему препятствия. Логически из этого вытекает только то, что остальным не принадлежит та же возможность, что и управомоченному (хотя может принадлежать возможность аналогичного содержания в том смысле, что никому не запрещено открыть собственный бизнес торговли мясом).

Соответственно, для того чтобы соединить дозволение и запрет, нам необходимо некоторое дополнительное оценочное суждение, прагматический или иной аргумент, который позволит это сделать. Такие аргументы могут иметь различный характер. Что касается логики лорда Линдли, то она укладывается в рамки кантианской классической волевой теории субъективного права.

Классическая волевая теория субъективного права, как известно, определяла его как «господство» или «дозволенности воли» управомоченного в определённой сфере. Социальное пространство предполагается поделённым на сферы частной автономии, внутри которых субъекты являются, по удачному выражению Герберта Харта, «суверенами в ограниченном масштабе» (*small-scale souvereigns*), а снаружи взаимоотношения регулируются либо договорами, либо нормами деликтного права. Любой выход за границы собственной «сферы господства» предполагает либо наличие договорённости с другими лицами, либо сопряжён с риском наложения санкции возмещения убытков. По этой причине границы между «сферами господства» следует проводить как можно более чётко и просто, дабы избежать споров и неопределённости.

Ещё одним важным следствием подобного понимания «онтологии частного права» стало особое значение конструкции права собственности как своеобразного архетипа всей доктрины частного права классического периода. Господство воли в определённой сфере с чётко очерченными границами – это практически готовая аналитическая модель права собственности. Вследствие этого любое имущественное право стало моделироваться по образу права собственности, понимаемого как господство. Отсюда идея, в соответствии с которой любое субъективное частное право представляет собой своего рода монополию, создаёт для его обладателя исключительную возможность. Естественно, что монополия и исключительность по

определению предполагают невозможность законной конкуренции с обладателем права в соответствующей сфере. Соответственно, дозволение (предоставление права на собственное поведение) управомоченного должно обязательно предполагать общий запрет (препятствовать управомоченному) в отношении всех иных лиц.

После этих рассуждений становится очевидным, что конъюнкция между дозволением и запретом – не результат логического анализа, а, скорее, выражение определённого типа социальной реальности. По мере того, как социальная реальность эволюционирует, изменяется и наши представления о юридических отношениях, в которых эта реальность выражена. Главное изменение социальной динамики по сравнению со временем господства классической волевой теории субъективного права как раз и заключается в резком росте частоты социальных взаимодействий. Поведение различных субъектов, их взаимная активность так часто пересекается друг с другом, что мыслить социальную реальность на манер «шахматной доски», как пространство, разделённое на множество чётко отграниченных друг от друга и непересекающихся друг с другом сфер частной автономии, стало весьма сложно, если вообще возможно.

Постоянное появление новых видов активности, каждый из которых может потенциально создать помехи для другой активности, вообще сделало трудным предсказать заранее, как соответствующие конфликты между различными субъектами и их сферами автономии разрешить. Но совершенно очевидно, что это трудно сделать, лишь анализируя понятие права на собственное поведение. В нашем примере один более традиционный тип социальной активности (предпринимательство) столкнулся со сравнительно более новымтипом, борьбой за права работников. Проблема возникла как раз из-за того, что этот второй тип социальной активности был не распространён, и, соответственно, не возникало вопросов относительно его влияния на другие виды социальной активности. Можно ли предпочесть предпринимательство защите работников только на том основании, что предпринимательство древнее? Если же мы, например, признаем право на пикетирование, то право на занятие предпринимательской деятельностью и право на защиту работников становятся привилегиями, которые сосуществуют.

По существу, понятие привилегии в том смысле, которое ему придавал Хофельд, и направлено на то, что избежать в подобных случаях псевдологических выводов. Однако, естественно, концепция привилегии Хофельда воспринимается с трудом и неизменно вызывает возражения. Попробуем выявить основные линии критики понятия привилегии, как его понимал Хофельд.

Первый и очевидный аргумент хорошо знаком нам по предыдущему изложению редукционистских теорий, сводящих дозволение к отсутствию запрета. Даже если Хофельду и

удалось доказать логическую несводимость дозволения к запрету, то практическое значение дозволений в реально функционирующей правовой системе будет минимальным. Трудно себе представить, что ситуация, когда некто имеет право на собственное поведение, но не имеет право требовать, чтобы другие ему в этом не препятствовали, станет широко распространённой. Ведь успех любой активности зависит от поведения иных лиц в той же мере, в какой он зависит от самого актора.

Этот аргумент отчасти справедлив, прагматически конъюнкция дозволения и запрета останется предпочтительной. Однако при этом необходимо учитывать ещё одно обстоятельство, на которое впервые обратил внимание Герберт Харт. Выдающийся британский философ права указывал на то обстоятельство, что привилегия в хофельдианском смысле реализуется в рамках существующего на соответствующей территории правопорядка, что предполагает существование комплекса запретов и обязанностей, которые прямо или косвенно могут относиться к реализации привилегии. Эти существующие императивы могут запрещать определённые типы поведения, например, применение насилия, которые не могут использоваться в том числе и для того, чтобы помешать субъекту привилегии реализовать право на собственное поведение. Эти запреты и обязанности установлены не для защиты соответствующей привилегии, но косвенно, запрещая определённые типы поведения вообще, они защищают и привилегию. Такого рода косвенную защиту Харт назвал «периметром защиты» привилегии[1].

Обратимся к примеру дела *Quinn v. Leathem*. Теоретически существует бесчисленное множество способов создать препятствия праву на занятие предпринимательской деятельностью. Однако большая часть из них, особенно связанная с применением насилия, изначально запрещена любому не потому, что подобные типы поведения препятствуют осуществлению предпринимательской деятельности, а потому, что они посягают на иные социальные блага, например, жизнь, здоровье, общественный порядок и т. п. Иными словами, защищая иные ценности, в отношении которых установлен абсолютный (действующий против всех других лиц) запрет их нарушать, одновременно защищается и свобода реализации права на собственное поведение.

Таким образом, из класса возможных способов препятствовать субъекту права на собственное поведение заранее исключается весьма большое число наиболее эффективных способов парализовать осуществление права на собственное поведение. При этом необходимо помнить о специфике права на собственное поведение по сравнению с правом на чужое поведение. Право на собственное поведение реализуется исключительно активностью самого управомоченного, невозможно «заместить» эту активность чужим поведением. Именно в этом

[1] Hart H.L.A. Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory. P. 170.

и состоит смысл понятия «отсутствие права» (*no-right*), которое Хофельд использовал с целью описания правового положения пассивного субъекта. Отсутствие права в данном случае означает то, что правопорядок не будет признавать фактическое поведение неуправомоченного в качестве проявления права на собственное поведение, даже если по содержанию оно будет аналогично тому, которое дозволено управомоченному.

Так, несобственник не имеет права владеть и пользоваться объектом права собственности. Он может фактически владеть и пользоваться вещью, однако только если получит несанкционированный доступ к вещи, что почти никогда нельзя сделать без нарушения какого-нибудь запрета. Понятно также, что несанкционированное фактическое пользование объектом чужого права собственности именно потому и будет несанкционированным, что оно не основано на праве. Эта незаконность владения и пользования будет результатом отсутствия у неуправомоченного права на собственное поведение. Запрет же соответствующих видов поведения является вторичным по отношению к отсутствию права, хотя и придаёт привилегии большую эффективность реализации.

Наконец, ещё одно обстоятельство, на которое следует обратить внимание. Понятие привилегии делает очевидным некорректность представлений, отождествляющих дозволение и отсутствие регулирования. Дозволение представляет собой вид правового регулирования, поскольку привилегия – это именно *привилегия,* преимущество перед другими, теми, кто привилегией не обладает. Попробуем проиллюстрировать это на примере.

Как уже неоднократно отмечалось выше, более сложная хофельдианская модель субъективно-правовых возможностей рассчитана на более сложный и динамичный имущественный оборот, чем тот, который был характерен для XIX столетия. Неудивительно, что и примеры, с помощью которых иллюстрируются положения теории Хофельда, относятся к сравнительно более новым областям частного права.

Хорошей иллюстрацией применения понятия привилегии в частном праве является сфера так называемых *kleine Münze*, не обладающих высокой степенью оригинальности произведений, которые, однако, защищаются нормами авторского права. Проблема в данном случае как раз состоит в том, что поскольку уровень оригинальности идеи произведения невелик, аналогичные идеи могут возникнуть сразу у нескольких субъектов и они могут создать независимо друг от друга аналогичные произведения. В авторском праве не действует принцип временно́го приоритета, как в патентном праве. Поэтому для охраны объектов с низким уровнем творчества достаточно того, чтобы они были созданысамостоятельно, независимо друг от друга[1].

Фактически в таком случае мы имеем дело с двумя привилегиями в хофельдианском смысле слова, каждая из которых предоставляет определённые преимущества перед другимилицами, но

[1] Spence M. Intellectual Property. Oxford: Oxford University Press, 2007.

не против другого обладателя привилегии. Несмотря на то что, строго говоря, содержание привилегий юридически не идентично друг другу, фактически объекты охраны оказываются неразличимы (например, фотографии одного и того же объекта, сделанные разными лицами). По этой причине монополию, которая обычно создаётся авторским правом, в данном случае создать не представляется возможным. Тем не менее право на собственное поведение, пусть и не обладающее абсолютной защитой, существует. В этом и состоит смысл понятия привилегии – привилегия создаётся по отношению к не обладающим таким же правом на собственное поведение.

Рассматриваемая трактовка понятия привилегии не лишена некоторых проблем. Прежде всего, как следует из приведённых примеров, обсуждавшихся с связи с понятием привилегии, привилегия обладает эффектом в отношении одних лиц, но не обладает им в отношении других лиц. В первом случае мы можем описать эту ситуацию при помощи обязанности или запрета. Например, каждый из обладателей авторского права на объект с низким творческим уровнем обладает правом требовать от любого третьего лица воздерживаться от нарушения его права. Действительную проблему составляет второй случай, т.е. определение юридической природы отношений между двумя обладателями авторского права на объекты с низким творческим уровнем. Разрешение конфликта между двумя привилегиями означает, что должен быть установлен приоритет одной из них над другой либо они должны быть признаны одновременно существующими. Но это также легко переводимо на язык теории императивов. Приоритет одной привилегии над другой означает, что субъекту последней привилегии запрещено препятствовать субъекту первой. Отсутствие взаимного приоритета означает отсутствие подобного запрета. Сама же привилегия с точки зрения теории императивов может моделироваться как особым образом структурированный запрет, который по-разному действует против различных групп третьих лиц.

Вышесказанное, как представляется, даёт ключ к пониманию соотношения аппретов (обязанностей) и дозволений. Определение дозволений посредством понятий запретов и обязанностей позволяет, прежде всего, чётче понять природу самих дозволений. Во-первых, дозволения можно понимать просто как отсутствие запрета. В этом случае мы можем понимать дозволение как фактическую возможность, возникающую вследствие того, что соответствующее фактическое поведение не запрещено. Этот тип дозволения иногда именуют дозволением «в слабом смысле». В противоположность этому, во-вторых, существуют прямо сформулированные дозволения, т.е. нормы, непосредственно предоставляющие возможность определённого поведения управомоченному субъекту. Эти дозволения называют

дозволениями «в сильном смысле»[1].

Различие между указанными двумя группами дозволений возникает в следующемконтексте. Если мы имеем дело с идеальной правовой системой, в которой все запреты и обязанности сформулированы *expressis verbis,* то дозволения оказываются совершенно избыточными, как это и предполагает теория императивов. И в самом деле, если все обязанности и запреты чётко сформулированы и существует правило, что только те запреты и обязанности, которые чётко и недвусмысленно сформулированы в нормах права, следует принимать во внимание, то специально сформулированные дозволения следует признать избыточными. Дозволения в рамках такой правовой системы всегда будут выступать как фактическое следствие отсутствия запрета.

Однако в «открытой» правовой системе, т.е. там, где не всякий запрет или обязанность,чтобы иметь юридическую силу, должны быть чётко и прямо сформулированы в нормах, ситуация с ролью дозволений складывается иначе. В «открытых» правовых системах из факта отсутствия явно выраженного запрета или обязанности ещё не следует однозначного вывода, что соответствующий тип поведения и в самом деле не запрещён или не является обязательным. По этой причине прямое дозволение, т.е. объявление определённого типа поведения разрешённым, не являющимся запрещённым или обязательным, приобретает смысл. Когда не существует явно выраженного запрета, но не ясно, является ли данный тип поведения в действительности незапрещенным, дозволение помогает сократить возникающую определённость, определяя данный тип поведения в качестве незапрещённого.Иными словами, дозволение выполняет функцию снижения правовой неопределённости в «открытых» правовых системах. При этом необходимо понимать, что, вероятно, все реально существующие правовые системы относятся к «открытым», т.е. таким, для которых характерна частичная неопределённость права. Вряд ли для хотя бы одной из реально существующих правовых систем можно констатировать, что отсутствие явно сформулированной обязанности или запрета означает то, что соответствующий тип поведения на самом деле разрешён. А поскольку это так, то и самостоятельная фуксиядозволения может быть констатирована.

Третий контекст употребления термина «дозволение» представляет собой дозволение как запрет всем другим лицам препятствовать субъекту дозволения. Отличие от дозволения как отсутствия запрета здесь состоит в следующем. Дозволение в данном случае – это не только отсутствие запрета (для управомоченного), но и наличие запрета для всех иных лиц. Это то понимание, которое в цивилистической теории соответствует конструкции абсолютного правоотношения, хорошо известно и не требует подробного комментария.

---

[1] Wright G. H. von. Norm and Action: A Logical Enquiry. London: Routledge & Kegan Paul; New York:Humanities Press, 1963. P. 85–89.

Наконец, четвёртый контекст употребления термина дозволения связан с идеей Харта о «защитном периметре», о котором говорилось выше. Некоторые дозволения обеспечиваются запретами более общего характера, которые направлены на защиту иных благ, но косвенно обеспечивают и свободу поведения управомоченного.

Можно констатировать, что дозволения и запреты (обязанности) тесно связаны между собой, но в некоторых случаях функция дозволений обнаруживает признаки самостоятельности, невозможности редуцировать дозволения к запретам (обязанностям) по лекалам теории императивов. Как ни парадоксально, именно логический анализ соотношения дозволений и запретов (обязанностей), т.е. именно техника редукции первых ко вторым, позволила продемонстрировать это наиболее убедительно.

Пожалуй, наиболее интересная попытка обосновать самостоятельность дозволений на теоретическом уровне была предпринята Джозефом Разом. Раз ввёл понятие «избыточного» дозволения (*supereregotary permission*). Существо дозволения, по мнению Раза, сводится к следующему. В обычном случае, например, когда субъект права руководствуется в своём поведении юридической обязанностью, он исходит из того, что обязанность представляет собой исключительное основание поведения, т.е. такое, которое исключает все остальные мотивы поведения, которыми обычно руководствуется субъект. Обычно, принимая решения о том, как себя вести в том или ином случае, субъект принимает во внимание множество факторов и выбирает тот вариант поведения, который учитывает баланс всех этих факторов. Ситуация же действия субъекта на основе императивного предписания нормы права (юридической обязанности или запрета) отличается как раз тем, что это предписание исключает все другие соображения и предлагает субъекту учитывать только содержание самого правового предписания. В этом его смысл как создающего *исключительное основаниедля поведения*[1].

В случае же дозволения, как полагает Раз, это исключительное основание релятивизируется в том смысле, что, оставаясь возможным руководством к действию для соответствующего субъекта, оно перестаёт быть обязательным и в этом смысле исключительным основанием для его поведения[2]. Избыточность (*supererogation*) дозволения, по мнению Джозефа Раза, проявляется в том, что управомоченного нельзя упрекнуть в том, что он выбрал тот или иной вариант поведения (осуществлять или не осуществлять соответствующее поведение), и это составляет важное отличие от ситуации, когда субъект действует на основе обязанности или запрета. Иными словами, существуют основания в пользу того, чтобы субъект вёл себя определённым образом, но эти основания не перевешивают другие мотивы и основания, которые не требуют, чтобы субъект обязательно выбрал именно эту стратегию поведения, а не

[1] Raz J. Practical Reason and Norms.
[2] Ibid. P. 94.

противоположную ей.

Эта ситуация отличается как от ситуации дозволения в «слабом смысле», т.е. дозволения как простого следствия отсутствия запрета. В последнем случае дозволение представляет собой лишь простое следствие отсутствия (нормативных) оснований противоположного поведения, т.е. обязанности или запрета[1]. В случае же «избыточного дозволения» существуют особые (нормативные) основания «в пользу» дозволения. Но эти нормативные основания не являются столь же сильными, как нормативные основания «в пользу» обязанности или запрета.

Ту же мысль можно попытаться изложить иначе. Дозволения как фактическое следствие отсутствия запрета не образуют, по мнению Раза, самостоятельной нормативной категории, особой нормативной модальности, потому что у дозволения нет автономных нормативных оснований. Нормативные основания дозволения в данном контексте лишь следствие отсутствия нормативных оснований обязанности (запрета). В том же случае, когда у дозволения есть «сильное» нормативное основание, т.е. когда есть серьёзные основания в пользу соответствующего (дозволенного) типа поведения, как правило, это поведение не только дозволено, но и предписано. В таком случае дозволение как бы перекрывается обязанностью: поведение не только дозволено, но и обязательно, поскольку нормативные основания в пользу необходимости соответствующего поведения очень велики.

И только третья ситуация позволяет идентифицировать дозволение *stricto sensu.* Это ситуация, когда некоторые нормативные (автономные) нормативные основания в пользу определённого типа поведения существуют, но они не столь сильны, чтобы этот тип поведения стал обязательным. Субъект *может* совершить определённые действия, но может их и не совершать. Поведение дозволено в смысле наличия к подобному поведению нормативных оснований, достаточно сильных, чтобы это поведение разрешить, но недостаточно сильных, чтобы воспретить противоположное поведение.

Признание того, что дозволения представляют собой самостоятельную (наряду с обязанностями и обязанностями) технику правового регулирования, само по себе ещё не разрешает вопроса о субъективно-правовом статусе дозволений. Иными словами, то, что существуют правовые нормы-дозволения, ещё не даёт ответа на вопрос о том, в каких случаях дозволения могут рассматриваться в качестве субъективно-правовых возможностей.

По этому вопросу также нет единства в цивилистической и теоретико-правовой литературе. Самое простое решение проблемы состоит в том, чтобы автоматически рассматривать дозволения в пользу частного лица разновидностью субъективного (частного) права. Логика рассуждений, лежащая в основе подобной позиции, заключается в том, что дозволение обеспечивает управомоченному возможность собственного поведения, т.е. определённую

[1] Ibid. P. 88.

свободу усмотрения. А поскольку свобода усмотрения и составляет существо субъективного права, то любое дозволение, которое таковую свободу усмотрения предоставляет, и следует рассматривать в качестве возможности субъективно-правового характера[1].

Проблема с рассматриваемой точкой зрения состоит в том, что неясно, какова специфическая функция субъективного права и термина, которым фиксируется специфический *субъективно-правовой* характер возможности, предоставляемой дозволением. Ведь в случае с дозволением возможность поведения целиком сводится к норме-дозволению. Именно объективное право предоставляет возможность поведения. По этой причине, чтобы обнаружить в дозволении субъективно-правовую возможность, необходимо найти то измерение дозволения, в котором наступление или ненаступление правовых последствий зависит исключительно от воли субъекта дозволения.

Логично искать проявления этого «автономного» измерения дозволения либо в сфере осуществления, либо в сфере защиты дозволения. Другими словами, свобода усмотрения в сфере осуществления права (право решать вопрос о том, осуществлять или не осуществлять право) и свобода усмотрения в сфере защиты права (право решать вопрос о том, защищать ли нарушенное право или отказаться от его осуществления) могут рассматриваться в качестве главных проявлений субъективно-правового характера дозволения. Соответственно, в случаях, когда дозволения не снабжены возможностью осуществления и защиты по усмотрению самого субъекта дозволения, они могут рассматриваться исключительно в качестве норм объективного права, а не субъективно-правовых возможностей.

Однако распорядительный характер осуществления прав на собственное поведение (дозволений) вызывает некоторые сомнения. Дело в том, что правовая власть, право компетенционного типа, которые традиционно являются формами выражения распорядительных действий, характеризуется тем, что их реализация непосредственно изменяет правовую сферу другого лица (пассивного субъекта). Эта непосредственность характерна в первую очередь для преобразовательных (секундарных) прав, которые и представляют собой юридическую возможность (правовую власть) изменять чужую правовую сферу односторонним волеизъявлением управомоченного. Тот же эффект, хотя и с меньшей уверенностью, может быть констатирован применительно к правам на чужое поведение (притязаниям). В последнем случае предъявление требования управомоченного к должнику также способно подождать непосредственно изменения в правовом положении должника, почему предъявление притязания и можно трактовать как обладающее распорядительным эффектом, а следовательно, относящееся к правам компетенционноготипа.

Применительно к правам на собственное поведение фактического характера осуществление

[1] Dabin J. Le droit subjectif. Paris: Dalloz, 2008. P. 26.

права носит фактический характер, как, например, фактическим характером обладают действия собственника по реализации принадлежащих ему правомочий владения и пользования вещью. Здесь трудно констатировать наличие элементов правовой власти в техническом смысле слова, поскольку фактические действия управомоченного никак не влияют на правовое положение иных лиц. Распорядительный характер осуществления прав на собственное поведение проявляется только на стадии нарушения права, например, в случае, если собственник отказывается от защиты своего права пользования вещью, если оно было нарушено другим лицом. Иными словами, для прав на собственное поведение распорядительным характером скорее обладают не действия по осуществлению права, а лишь действия по его защите (принудительному осуществлению через юрисдикционныймеханизм).

По существу применительно к дозволениям мы можем констатировать ту же картину, что и применительно к обязанностям и запретам. Субъективно-правовой характер обеспечивается наличием возможностей распорядительного характера. В этом смысла права на собственное поведение ничем принципиально не отличаются от прав на чужое поведение. Хотя набор тех действий, которое можно трактовать как распоряжение правом на собственное поведение, уже, чем в других типах субъективно-правовых возможностей. *Парадоксальным образом сам по себе факт признания самостоятельного характера дозволения как специфической техники правового регулирования, наряду с запретами и обязанностями, не свидетельствует о том, что дозволение автоматически обеспечивает предоставление возможности субъективно-правового характера.*

* * *

1. Понятие прав на собственное поведение относится в цивилистической доктрине к одной из наиболее дискуссионных проблем. Оспаривается не только факт существования права на собственное поведение, но и необходимость выделения их объективно-правовой основы – дозволений как самостоятельной правовой категории, существующей наряду с обязанностью и запретом.

2. Дозволения в правовой теории и частном праве понимаются в четырёх различных смыслах: как отсутствие правового регулирования, сфера, свободная от права, как специальная норма, наделяющая субъекта возможностью определённого поведения, как возможность поведения, снабжённая абсолютно-правовой защитой, и как возможность поведения, обеспечиваемая «защитным периметром».

3. Наиболее серьёзные аргументы в пользу признания дозволений в качестве самостоятельной техники правового регулирования выдвинуты Л. Хофельдом и Дж. Разом. 19.Сам по себе факт признания самостоятельного характера дозволения как специфической

техники правового регулирования, наряду с запретами и обязанностями, не свидетельствует о том, что дозволение автоматически обеспечивает предоставление возможности субъективно-правового характера.

4.5. Притязание, дозволение и распорядительная власть

Ключевой вопрос, который возникает при анализе понятия права на чужое поведение, касается того, в какой степени право на чужое поведение соответствует классическому пониманию субъективного права как господства воли. Проблема возникает в связи с тем, что право на чужое поведение по определению касается ситуаций, в которых интерес управомоченного удовлетворяется прежде всего и главным образом с помощью поведения обязанного лица. Поведение самого управомоченного, его активность и инициатива при этом гораздо менее выражены. Это в известной степени входит в противоречие с пониманием субъективного права как господства воли управомоченного или как свободы усмотрения, возможности выбора, которая ему гарантируется.

Иначе говоря, проблема сводится к тому, каким образом применительно к правам на чужое поведение реализуется принцип диспозитивности частноправового регулирования и реализуется ли он вообще применительно к поведению носителя права на чужое поведение. В самом деле, теоретически можно исходить из двух не сводимых друг к другу трактовок права на чужое поведение.

Первый вариант интерпретации понятия права на чужое поведение предполагает ориентацию на строго понимаемый принцип корреляции (соответствия) между субъективными правами и юридическим обязанностями. При подобном понимании содержание права на чужое поведение строго эквивалентно содержанию корреспондирующей этому праву обязанности. Другими словами, управомоченный имеет право на то, чтобы соответствующая юридическая обязанность была исполнена должником. При этом необходимо понимать, что реализация этого права зависит исключительно от поведения должника, а следовательно, и от воли самого должника. Поведение кредитора с точки зрения реализации его права не имеет значения. Его воля не может обеспечить реализацию его интереса как управомоченного, поскольку осуществление его права зависит от активности обязанного лица.

Подобное понимание существа права на чужое поведение не оставляет места для проявления активности и инициативы самого управомоченного, а значит, ставит под сомнение то, что право на чужое поведение представляет собой господство воли управомоченного. Скорее, наоборот, это господство воли обязанного лица, поскольку именноот его поведения (по крайней мере на донарушенной стадии развития соответствующего правоотношения) зависит, будет ли осуществлено соответствующие субъективное право.

На это можно возразить, что право на чужое поведение предполагает всё же проявление активности самого управомоченного, который, например, вправе требовать от должника

произвести исполнение обязанности. И в некоторых случаях момент заявления этого требования о необходимости произвести исполнение определяет момент исполнения обязанности. Помимо этого, управомоченному принадлежит возможность распоряжаться своим правом на чужое поведение, вплоть до отказа от него. Наконец, управомоченному принадлежит свобода усмотрения в вопросе защиты принадлежащего ему права. Во всех вышеприведённых случаях управомоченному вне всякого сомнения принадлежит свобода усмотрения и право выбора, которые должны характеризовать содержание субъективного права в техническом смысле слова.

Однако и здесь возникает некоторый парадокс. Дело в том, что право на чужое поведение по самому существу вроде бы не должно включать в себя элемент права насобственное поведение управомоченного. Между тем и правомочие требовать от должника произвести исполнение, и распорядительные правомочия, и право на защиту предоставляют управомоченному возможность собственного поведения.

Если согласиться с такой трактовкой, то опять-таки придётся считать, что само право на чужое поведение не может считаться субъективным правом в техническом смысле слова, если полагать, что субъективные права всегда подразумевают активность и инициативу самого управомоченного.

Теоретически мыслимы две стратегии, которые позволят устранить вышеуказанный парадокс. Первый вариант предполагает, как уже отмечалось выше, строгое проведение принципа корреляции (соответствия) между субъективными правами и юридическими обязанностями. В таком случае необходимо будет считать, что право на чужое поведение не включает в своё содержание возможностей собственного поведения управомоченного, т.е. представляет собой в буквальном смысле право на то, к чему обязан должник. В таком случае необходимо скорректировать понимание субъективного права, которое уже не может рассматриваться в качестве господства воли управомоченного. Кроме того, необходимо распорядительные правомочия и право на защиту (право на иск в материально-правовом смысле) рассматривать в качестве самостоятельных явлений, которые не входят в состав субъективного права, о распоряжении и защите которого идёт речь. Проблема этой точки зрения состоит, главным образом, в том, что не вполне ясно, в чём же состоит субъективно-правовой характер права на чужое поведение. Единственное, что указывает на его субъективно-правовой характер, это то, что обязанность исполняется в пользу определённого лица, которого на этом основании и предлагается считать носителем корреспондирующего обязанности субъективного права. Субъективное право при этом мыслится исключительно как рефлекс юридической обязанности. Но подобная трактовка не позволяет отделить управомоченного, носителя субъективного права в техническом смысле слова от

выгодоприобретателей, которые, не обладая правом, выступают в качестве адресатов исполнения обязанности.

Второй вариант решения рассматриваемой проблемы состоит в том, что право на чужое поведение понимается гораздо шире и включает правомочия на собственное поведение самого управомоченного, поскольку без признания этих правомочий обнаружить субъективно-правовой характер права на чужое поведение возможным не представляется, а также поскольку управомоченный обладает распорядительной властью относительно корреспондирующей его праву юридической обязанности в том смысле, что он вправе полностью или частично простить долг, полностью или в части отказать от осуществления и защиты права. Следовательно, кредитор всегда на любом этапе развития соответствующего правоотношения обладает контролем над его юридической судьбой. А это значит, что право на собственное поведение, особенно распорядительные правомочия имманентны содержанию любого субъективного частного права, в том числе и права на чужое поведения.

С позиций юридической догматики эта точка зрения может исходить из одной из двух альтернативных конструкций права на чужое поведение. Во-первых, можно сохранить строгое понимание права на чужое поведение, но при этом исходить из того, что право на чужое поведение в этом строгом смысле слова как просто рефлекс юридической обязанности никогда само по себе субъективным правом не является. Субъективно-правовой статус оно приобретает в конъюнкции с правом на собственное поведение, прежде всего с распорядительными правомочиями. Во-вторых, можно, напротив, ослабить действие принципа корреляции (строгого соответствия между субъективными правами и юридическими обязанностями) и исходить из того, что содержание субъективного частного права не всегда строго эквивалентно содержанию корреспондирующей ему юридической обязанности. В таком случае право на чужое поведение будет включать и элементы возможностей собственного поведения управомоченного, прежде всего распорядительные правомочия. Основанием для такой постановки вопроса является то, что реализовать право на чужое поведение без активности управомоченного практически невозможно, а следовательно, право на чужое поведение неразрывно связано с правом на собственноеповедение.

Минус этого варианта решения проблемы состоит в том, что неясно, по какой причине так понимаемый гибрид права на чужое поведение и права на собственное поведение должен именоваться правом на *чужое* поведение. Ведь, строго говоря, этот гибрид не является исключительно правом на *чужое* поведение. В качестве варианта ответа на этот вопрос можно было бы предположить, что каждое составное субъективное право имеет ядро, т.е. базовое правомочие, которое выражает его идентичность, и вспомогательные элементы, которые

выполняют служебную функцию[1]. Применительно к праву на чужое поведение его идентичность действительно определяется тем, что управомоченный имеет право на чужое поведение, для обеспечения которого прежде всего на должника налагается обязанность. А распорядительные элементы уже прилагаются к праву на чужое поведение для обеспечения активной роли управомоченного. В такого рода позиции содержится определённая логика. Дело в том, что распорядительные правомочия теоретически должны быть свойственны*любому* типу субъективного частного права, поскольку субъективное частное право по своему существу должно предполагать наличие у управомоченного определённой степени контроля над самим этим правом[2]. Но в силу этого самого факта распорядительные правомочия не могут выступать основой классификации различных разновидностей субъективных частных прав, потому что распорядительные правомочия присутствуют во всех их разновидностей. Соответственно, классифицировать права нужно не по признаку наличия или отсутствия распорядительных правомочий, а по тем правомочиям, относительно которых распоряжение может осуществляться.

Несмотря на всю убедительность подобной трактовки, остаётся некоторый когнитивный диссонанс относительно возможности трактовать право на чужое поведение какгибрид права на чужое и собственное поведение управомоченного. Поэтому, как представляется, имеет смысл обратиться к генезису понятия права на чужое поведение,чтобы лучше понять его логику.

Понятие права на чужое поведение тесно связано с категорией притязания (*Anspruch*), разработка которого связана с именем выдающегося германского цивилиста Б. Виндшайда. Как представляется, исходная интенция при формулировании теории частноправового притязания как раз состояла в том, чтобы совместить традиционное для римского права понятие «*actio*» с принципами автономии воли и диспозитивности частноправового регулирования.

Притязание понимается Виндшайдом как требование управомоченного к обязанному лицу о необходимости исполнения последним своей обязанности. Виндшайд исходил из того, что понятие «притязание» является современным эквивалентом римского понятия «*actio*». В римском праве основной акцент делался на принудительном осуществлении и судебной защите частноправовых интересов. По этой причине ключевым был вопрос, предоставлена ли тому или иному интересу защита со стороны претора. Иначе говоря, вопрос о наличии илиотсутствии у субъекта права или охраняемого иском частноправового интереса решался ретроспективно, уже после нарушения этого интереса. В современном же праве, напротив, объективное право предоставляет защиту значимым интересам независимо от факта его нарушения. Соответственно, средство защиты, право на иск в материально-правовом смысле вытекает из

[1] Wellman C. Op. cit. P. 91–92.
[2] Hart H.L.A. Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Theory. P. 184.

факта существования соответствующего материального права.

Соответственно этому и конструируется Виндшайдом различие между притязанием и *actio*. Притязание – это *actio*, действие которого распространено на донарушенную стадию развития правоотношения. Если *actio* представляет собой требование о принудительном осуществлении (нарушенного) права, то притязание представляет собой требование об осуществлении права, не обязательно связанное с фактом его нарушения.

Логику рассуждений Виндшайда представляется возможным реконструировать следующим образом. В римском праве основной сферой действия частного права была защита нарушенных частных интересов претором и судом. Именно претор превращал нарушенный частноправовой интерес в полноценное частное право, предоставляя ему судебную защиту. Но поскольку защита предоставлялось ретроспективно, т.е. после факта умаления интереса, то сферой проявления предоставляемого права была исключительно его защита, т.е. требование о *принудительном* осуществлении права.

В современном же праве, напротив, предоставление права предшествует его защите, а следовательно, сфера проявления активности управомоченного гораздо шире и не ограничивается, как в классическом римском праве, лишь инициативой управомоченного в защите своего права. Соответственно, именно поэтому притязание концептуализируется как требование о необходимости исполнить обязанность.

При этом очевидно, что Виндшайд трактует понятие притязания в духе принципов автономии воли и диспозитивности в том смысле, что ключевое содержание понятия притязания заключается именно в свободе усмотрения управомоченного относительно реализации принадлежащего ему права. И понятие «*actio*» трактуется как проявление инициативы управомоченного, и понятие притязания трактуется именно в этом смысле слова с той только разницей, что сфера проявления инициативы управомоченного гораздо шире.

Таким образом, можно сделать вывод, что с самого момента своего возникновения понятие права требования (притязания, права на чужие действия) трактовалось как производное от свободы усмотрения самого управомоченного субъекта, а значит, и включающее право на собственное поведение.

Другой вопрос, в какой мере Виндшайд и другие сторонники понятия притязания трактовали этот элемент инициативы управомоченного в духе понятия распоряжения, в диспозитивном ключе. Вероятнее всего, чётко этот элемент диспозитивности не осознавался. В пользу такого толкования говорит тот факт, что Виндшайд ориентировался на понятие господства воли или дозволенности воли, с помощью которых классическая волевая теория описывала сущность субъективного частного права. Это понятие не обладало достаточной чёткостью своих контуров и не интерпретировалось достаточно узко, чтобы включать исключительно

возможности распорядительного характера. Такая узкая трактовка господства воли стала возможна только после публикации известных работ Тона и Кельзена.

По этой причине господство воли в притязании понималось максимально широко, но одновременно включало, естественно, и распорядительный компонент. Доказательством этого является и то, что в понятие притязания в виндшайдовской интерпретации включалось и правомочие на защиту нарушенного права, право на иск в материально-правовом смысле, которые цивилисты его поколения безусловно относили к распорядительным правомочиям.

Характерен и тот факт, что Август Тон вообще считал притязанием именно (эвентуальное) право на иск в материально-правовом смысле. И именно потому, что, по его мнению, право на иск в максимальной степени отражает принцип диспозитивности и свободу усмотрения в распоряжении правами[1].

Не менее характерна и радикально противоположная точка зрения Эрнста Рудольфа Бирлинга. Бирлинг, как известно, исходил из высшей степени широкого понимания притязания, которое делает его если не синонимом, то, по крайней мере, основной и базовой формой проявления субъективного права[2]. Характерно, что Бирлинг понимает под притязанием обращённое к обязанному лицу требование о необходимости исполнить обязанность, т.е. совершенно в духе Виндшайда. При этом притязание не вполне совпадает с понятием права требования[3]. Однако, по мнению Бирлинга, притязание не обязательно предполагает, что управомоченный действительно предъявляет требование об исполнении. Скорее, полагает Бирлинг, речь идёт о «продолжающемся состоянии, когда требование молчаливо подразумевается» (*konstanten Zustande stillschweigenden Forderns*)[4].

Эта крайне странная, на первый взгляд, теоретическая конструкция обусловлена тем, что Бирлинг, вслед за господствующей в его время волевой теорией, понимал субъективное право как господство воли управомоченного над волей обязанного. При этом господство воли понималось в эмпирико-психологическом смысле, как сознание господства и связанности. Однако это психологическое состояние можно констатировать далеко не во всех случаях, когда традиционно принято вести речь о субъективных частных правах. Ведь даже в рамках обязательственного права право кредитора считается существующим не с того момента, когда кредитор заявил его должнику. Соответственно, чтобы сохранить психологическую стилистику понимания субъективного права, пришлось использовать фикцию

[1] Thon A. Op. cit. S. 120–123.
[2] Bierling E. R. Zur Kritik der Juristischen Grundbegriffe. Bd. 2. S. 32–73.
[3] Строго говоря, понятие притязания в смысле концепции Виндшайда шире, чем (обязательственно-правовое) право требования, поскольку из нарушения вещных прав возникают вещно-правовые притязания (например, виндикационное притязание). Однако (обязательственно-правовое) право требования действительно представляет собой модель притязания.
[4] Bierling E. R. Zur Kritik der Juristischen Grundbegriffe. Bd. 2. S. 40.

подразумеваемого существования воли.

Характерно в этой конструкции ещё и то, что Бирлинг решительно настаивает на строгом и безусловном характере принципа корреляции (соответствия) между субъективными правами (притязаниями) и юридическими обязанностями. И это вполне логично с точки зрения понимания субъективного права как господства воли управомоченного над волей обязанного субъекта. Просто господство воли в данном случае, по мнению Бирлинга, проявляется не в контроле над осуществлением субъективного права, а в подчинении воли обязанного субъекта.

Интересно во всём этом как раз то, что даже такое понимание притязания предполагает элемент господства воли и свободы усмотрения управомоченного в качестве важнейшего своего элемента.

Другими словами, понятие притязания изначально предполагало ориентацию на диспозитивное начало, на инициативу и активность самого управомоченного, хотя технически не мыслилось именно как обладающее распорядительным эффектом.

Таким образом, распорядительный элемент всегда мыслился как ключевой в понятии притязания (права на чужое поведение), хотя сама трактовка этого распорядительного, диспозитивного начала радикально отличалась. В одном случае она трактовалась как право на иск в материально-правовом смысле, в другом – как господство воли управомоченного надволей обязанного в психологическом смысле, в третьем – как требование к должнику о необходимости произвести исполнение обязанности. Характерно, что во всех этих случаях использовался именно термин «притязание». Единственное общее, что объединяет все три трактовки, это то, что во всех этих случаях ключевым является активность самого управомоченного, этот самый диспозитивный элемент субъективного права. Это общее и фиксируется одним и тем же понятием, что может являться ещё одним косвенным подтверждением того, что понятие притязания обладает исходным распорядительным компонентом.

Основные возражения против тезиса, согласно которому притязание обладает распорядительным характером, является по своей юридической природе правовой властью, можно резюмировать следующим образом. Прежде всего указывается на то, что возникновение юридической обязанности (и корреспондирующего ей права требования, притязания) нормы объективного права связывают не с моментом предъявления субъектом притязания требования о необходимости исполнения обязанности. Обязанность возникает из обычных юридических фактов, чаще всего – из частноправового договора. Предъявление основанного на договоре требования об исполнении с этой точки зрения ничего не добавляетк содержанию юридической

обязанности и корреспондирующего ей субъективного права[1].

Рассматриваемое возражение, как представляется, не учитывает того, что управомоченный (субъект права требования) обладает признанной правом возможностью вообще отказаться от осуществления права, полностью или частично. Это означает, что то, будет ли должник исполнять обязанности, а если да, то будет ли он исполнять обязанность в полном объёме или в части (в пределах общего объёма обязанности, определённого договором), зависит от усмотрения управомоченного. А это означает, что до момента требования об исполнении параметры обязанности должника определены не до конца и не полностью, а их окончательная конкретизация происходит как раз посредством волеизъявления в акте предъявления притязания[2]. Соответственно, есть основания утверждать, что притязание содержит распорядительный элемент, посредством реализации которого и осуществляется окончательная фиксация параметров юридической обязанности.

Собственно, уже один тот факт, что носитель субъективного права обладает свободой усмотрения в вопросе осуществления принадлежащего ему права, т.е. может самостоятельно решить, будет ли он его осуществлять или нет, свидетельствует, что распорядительный элемент заложен всегда, когда осуществление права подчинено действию принципа диспозитивности частноправового регулирования.

Второе существенное возражение против признания наличия распорядительных элементов в конструкции притязания касается того, что притязание представляет собой право на чужое поведение. Как уже неоднократно указывалось выше, распорядительный характер права плохо монтируется с ситуацией, когда само право касается чужого поведения. Довольно сложно распоряжаться чужими действиями или бездействиями, учитывая тот факт, что они зависят от воли другого лица и по этой причине находятся вне сферы контроля субъекта притязания[3]. Понятие распоряжения, правовой власти предполагает наличие контроля над объектом.

Именно это возражение, как представляется, учитывали те из правоведов, которые настаивали на том, что самый очевидный случай проявления правовой власти заключается в принадлежащей управомоченному возможности по своему усмотрению инициировать принудительное осуществление права в случае его нарушения. Именно в этом случае юридический эффект (принудительное осуществление права) зависит исключительно от инициативы и усмотрения субъекта притязания. Поскольку же принудительное осуществление происходит независимо от воли должника, то распорядительный эффект права на защиту (в материально-правовом смысле) налицо.

Кроме того, как уже неоднократно указывалось выше, даже на донарушенной стадии

[1] Buchheim J. Op. cit. S. 111.
[2] Bucher E. Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis. S. 104.
[3] Schulev-Steindl E. Op. cit. S. 17–26.

развития правоотношения активность (например, предъявление требования, отказ от предъявления требования, предъявление требования в меньшем объёме, чем предусмотрено договором, и т.п.) управомоченного создаёт правовые последствия независимо от воли обязанного лица.

Вопреки распространённому мнению, требование об исполнении представляет не просто уведомление, информацию о желаниях управомоченного[1], а реализацию принадлежащей ему правовой власти, которая заключается в возможности односторонним волеизъявлением оказывать воздействие на содержание корреспондирующей его праву юридической обязанности.

Таким образом, распорядительный элемент присущ праву на чужое поведение, аргументы теорий, отрицающих этот факт, не представляются убедительными.

В некоторой степени аналогичные проблемы возникают при попытке аналитической реконструкции прав на собственное поведение фактического характера. Речь идёт о ситуациях, в которых управомоченный вправе совершать действия, не являющиеся юридическими фактами. Наиболее очевидный пример здесь – принадлежащее собственнику правомочие пользования вещью. С одной стороны, эта конструкция должна бы вызывать гораздо меньше проблем у сторонников распорядительной теории субъективного (частного) права. Ведь признаваемая правом юридическая возможность совершать действия хорошо монтируется с общим пониманием субъективного права как господства воли управомоченного. С другой же стороны, проблема всё же возникает, хотя и с несколько другой стороны, чем это имеет место применительно к правам на чужое поведение.

Дело в том, что признать господством воли простое дозволение, т.е. предоставление частноправовым порядком возможности определённого поведения, по современным представлениям невозможно, ибо в таком случае неясно, чем объективно-правовое дозволение отличается от субъективно-правовой возможности. Эта проблема была гораздо менее болезненной для классической волевой теории, которая, собственно, и сформулировала широкое понимание господства воли. При широком понимании господства воли любые создаваемые правопорядком возможности поведения, которыми наделяется частное лицо, могут рассматриваться в качестве проявления господства воли. Однако критика классической волевой теории убедительно продемонстрировала, что критерию господства воли, если относиться к нему серьёзно, соответствуют только ситуации, когда юридический (а не просто фактический) эффект (изменение прав и обязанностей) зависит от усмотрения управомоченного. С этой точки зрения права на собственное поведение, если они не сопровождаются предоставлением распорядительной власти определять их юридическую судьбу, не являются субъективными

[1] Buchheim J. Op. cit. S. 112.

(частными) правами в техническом смысле слова. Только та или иная степень контроля за юридической судьбой права позволяет говорить о наличии субъективного частного права.

При этом необходимо понимать, что право на собственное поведение представляет собой аналитическую модель, предназначенную для облегчения понимания структуры субъективных прав, а не элемент реальности. Эмпирическая реальность не знает права на собственное поведение (фактического характера) в чистом виде. Трудно себе представить право на собственное поведение, которое бы существовало без одновременного предоставления управомоченному правомочий на защиту соответствующего собственного поведения, т.е., по существу, без предоставления распорядительных правомочий. Если подобные чистые дозволения и существуют, то только в публичном праве и в качестве субъективных прав их квалифицировать нет ни малейших оснований.

В то же время в качестве *элемента* содержания субъективных частных прав правомочие на собственное поведение, как и его объективно-правовая основа, дозволение, могут быть признаны и их не следует редуцировать к обязанностям или запретам. В то же время наиболее убедительные современные теории, обосновывающие самостоятельный характер дозволений и права на собственное поведение (фактического характера), исходят из необходимости обеспечения прав на собственное поведение дополнительным периметром защиты, т.е. в конечном итоге притязаниями ко всем иным лицам о ненарушении права на собственное поведение и правом на защиту. Это означает, что распорядительные правомочия неотделимы от права на собственное поведение, если мыслить последнее в качестве самостоятельного субъективного права.

Таким образом, оба случая, которые могут рассматриваться в качестве сложных для объяснения с точки зрения распорядительной теории субъективного права, могут быть объяснены в её рамках.

Заключение

Проведённое исследование показало, что центральная роль категории субъективного права в рамках континентальных частноправовых порядков не является случайным явлением, а отражает некоторые объективные закономерности логики правового регулирования имущественного оборота. Также можно сделать однозначный вывод, что функции категории субъективного права в частном праве не исчерпываются исключительно соображениями удобной систематики частноправовых институтов и понятий. Скорее, основанная на категории субъективного права систематика служит формой выражения некоторых основополагающих идей частного права.

В самом деле, в категории субъективного права находят своё выражение базовые идеи построения системы имущественного оборота. Во-первых, речь идёт о предоставлении субъектам частного права способности по своему усмотрению определять собственные частные права и обязанности. Но при этом, во-вторых, необходимо увязать частную автономию, индивидуальную свободу усмотрения одного субъекта с признанием такой же частной автономии и индивидуальной свободы усмотрения каждого другого субъекта частного права. Обе идеи находят своё выражение в категории субъективного права, первая – в идее субъективного права как господства воли, вторая – в идее субъективного права как отношения к другому лицу.

Принцип автономии воли, который относительно неплохо выражает первую идею частной автономии, недостаточно акцентирует второй интерсубъективный компонент, который необходим для лучшего понимания логики построения частного права.

Вышесказанное, как представляется, проясняет и ещё один интересный вопрос: вкакой мере необходимо ориентироваться на германскую «сильную» версию теории субъективного права, не достаточно ли романской, более «слабой» её версии? Категорию субъективного права как центральной абстракции частного права нельзя полноценно заменить категорией автономии воли. Это связано с тем, что автономия воли не является распоряжаемой поведенческой возможностью, в то время как типичное субъективное частное право является. Между тем, вся фундаментальная инфраструктура частного права ориентирована как раз на трансакции с распоряжаемыми экономическими благами. Соответственно, возможности категории автономии воли с точки зрения корректного описания частноправовых институтов на всех этапах их развития выглядят ограниченными по сравнению с категорией субъективного права. Неслучайно, что и в романских частноправовых системах доктрина и судебная практика активно используют понятие субъективного права, что косвенно свидетельствует о невозможности обойтись без него. Вероятнее всего, по указанным выше причинам принцип

автономии воли не описывает в полной мере особенности правонаделения в частном праве и поэтому его всё равно приходится дополнять категорией субъективного права, даже если построение частного права по институционной системе не вполне способствует этому. В этом, на мой взгляд, состоит объяснение наличия в континентальном частном праве «слабых» версий категории субъективного права.

Исследование показало, что генезис категории субъективного права неразрывно связан с теологическими предпосылками, что ставит вопрос о пределах универсализма концепции субъективного права. Может ли она использоваться в нехристианских и секулярных юридических культурах? Действительно, вероятнее всего, вне контекста теологических дискуссий позднего Средневековья концепция субъективного права как господства воли и свойства субъекта не могла появиться. Но, однажды появившись, она приобрела определённую автономию, стала жить своей жизнью. На это указывает, в частности, тот факт, что уже в XVII в. понимание субъективного права было довольноуспешно секуляризировано, что и определило его дальнейшую успешную судьбу.

В дальнейшем, уже став основой систематики для европейского частного права, категория была заимствована и неевропейскими культурами. Как это обычно бывает с процессом рецепции, заимствуется то, что признаётся эффективным.

Как представляется, основой успеха категории субъективного права был заложенный в ней универсализм, отражающий основополагающие ценности и императивы частного права: соединение идеи свободы с идеей необходимости признания свободы других и идеи распоряжаемости как их юридико-технический коррелят. В этом смысле категория субъективного права обладает высокой степенью универсальности и преодолевает естественную связь с историческими условиями контекста собственного генезиса.

Однако возражение против универсального характера категории субъективного права в частном праве возможно и с несколько иных позиций. Возможно, на определённом историческом этапе эта категория хорошо выражала логику правового регулирования имущественного оборота. Но времена меняются, оборот усложняется, что влечёт постановку проблемы устаревания классических цивилистических абстракций.

В связи с этим можно поставить проблему ещё радикальней: возможно, стоит отказаться вообще от субъективного-правовой основы систематики частного права в пользу объективно-правового подхода. Как показало произведённое в настоящей работеисследование, ни одна из попыток построения систематики частного права, которая основывалась бы исключительно на объективно-правовом истолковании институтов и категорий частного права, не увенчалась пока успехом. Максимум, что было достигнуто, в частности, в рамках различных версий теории интересов, – это выработка некоторых дополнений к методологическому и

концептуальному аппарату классической цивилистической догматики, которые не только не могут полностью заменить последнюю, ноне в состоянии даже эффективно применяться без опоры на классическую догматику.

Вместе с тем я не склонен ставить последнюю точку в вопросе о возможности построения систематики частного права, которая вообще игнорирует категорию субъективного права. Наиболее убедительная версия, основанная на принципах утилитаризма объективно-правовой трактовки институтов и категорий частного права, предлагает движение экономического анализа права. Она выгодно отличается высочайшей для «социологической» теории аналитической строгостью и проходит тест К. Поппера на научность (в отличие от классической, да и современных теории интереса, здесь можно чётко выделить случаи, когда теория может быть фальсифицирована, т.е. опровергнута при помощи указания на противоречащие теории факты). Хотя и экономическому анализу права не удаётся полностью уйти от использования некоторых функциональных аналогов категории субъективного права, к которым следует отнести учение о «правилах собственности, ответственности» (property and liability rules). Более того, центральное понятие экономического анализа права, понятие преференции субъекта имеет несомненный субъективный компонент, и этим, кстати, достигается его гораздо большая аналитическая строгость, в отличие, например, от категории интереса, которая может означать всё, что угодно и всё, что удобно тому или иному стороннику теории интереса.

Вышесказанное определяет безусловный приоритет волевой теории перед всеми известными версиями теории интереса. Разумеется, классическая волевая теория требует известных коррективов, что и было сделано в рамках современных версий волевой теории, которые я условно предлагаю именовать распорядительной теорией. Основные изменения прежде всего касаются замены весьма широкого, но довольно неопределённого понятия господства воли более чётким семантически разрешимым понятием контроля над юридической судьбой корреспондирующей праву обязанности (или связанности).

При этом не следует считать, что вся современная теория субъективного права целиком ушла в анализ юридической техники. В данном случае определённый приём юридической техники (предоставление управомоченному способности порождать, изменять или прекращать чужие обязанности) отражает базовую логику построения частноправовых институтов. Форма является выражением содержания, однако для цивилиста именно форма имеет приоритетное значение. Разумеется, частное право может быть объяснено как функция экономики или иных метаюридических феноменов. Но проблема в том, что никто ещё не сумел продемонстрировать линейную (причинно-следственную) зависимость между функциями и правовыми формами. Объяснять особенности правовой формы приходится, анализируя саму правовую форму, её

структурные и генетические аспекты, признавая при этом общую обусловленность формы интересами и потребностями.

Библиографический список

Научная литература (монографии, диссертации, учебники, учебные пособия)

1. Агарков М.М. Обязательство по советскому гражданскому праву. Ученые труды ВИЮН. Вып. 3. - М.: Юридическое издательство НКЮ СССР, 1940. - 192 с.

2. Александров Н.Г. Законность и правоотношения в социалистическом обществе. - М.: Госюриздат, 1955. - 176 с.

3. Алексеев С. С. Общие дозволения и запреты в советском праве. - М.: Юридическая литература, 1989. – 286 с.

4. Бабаев А.Б., Бабкин С.А., Бевзенко Р.С., Белов В.А., Тарасенко Ю.А. Гражданское право: Актуальные проблемы теории и практики: В 2 т. / Под общ. ред. д.ю.н. В. А. Белова. 2-е изд., стереотип. - М.: Юрайт, 2015. – 1009 с.

5. Братусь С. Н. Субъекты гражданского права. - М.: Государственное издательство юридической литературы, 1950. - 367 с.

6. Братусь С.Н. Юридическая ответственность и законность (Очерк теории). - М.: Юридическая литература, 1976. – 215 с.

7. Гамбаров Ю. С. Гражданское право. Общая часть. - М.: Зерцало, 2003, - 816 с

8. Грибанов В.П. Осуществление и защита гражданских прав. - М.: Статут, 2001. – 410 с.

9. Гримм Д. Д. Юридическое отношение и субъективное право // Журнал Министерства Юстиции. - 1897. - № 4. - С. 1 - 37.

10. Гримм Д. Д. Юридическое отношение и субъективное право // Журнал Министерства Юстиции. - 1897. - № 5. - С. 1 – 23.

11. Гурвич М.А. Право на иск. - М.: Издательство АН СССР, 1949. – 216 с.

12. Ем В.С. Категория обязанности в советском гражданском праве (вопросы теории): Дис. … канд. юрид. наук. - М., 1981. – 209 с.

13. Зеккель Э. Секундарные права в гражданском праве // Вестник гражданского права. - 2007. - Т. 7. - № 2. - С. 205–252.

14. Иеринг Р. фон. Борьба за право // Иеринг Р. фон. Избранные труды. Т. 1. - СПб.: Юридический центр Пресс, 2006. – 618 с.

15. Иеринг Р. фон. Цель в праве. Т. I. - СПб: Издательство Н. В. Муравьева, 1881. – 412 с.

16. Иоффе О. С. Правоотношение по советскому гражданскому праву. - Л.: Издательство Ленинградского университета им. А.А. Жданова, 1949. – 476 с.

17. Иоффе О. С. Спорные вопросы учения о правоотношении // Иоффе О.С. Избранные труды по гражданскому праву. М.: Статут, 2000. – 776 с.

18. Кечекьян С.Ф. Правоотношения в социалистическом обществе. / Отв. ред.: Строгович М.С. М.: Издательство АН СССР, 1958. - 187 с.

19. Крашенинников Е.А. К теории права на иск. - Ярославль: Издательство Ярославского университета, 1995. – 76 с.

20. Магазинер Я. М. Избранные труды по общей теории права. - СПб.: Юридический центр Пресс, 2006. - 352 с.

21. Петражицкий Л.И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. Т. 1. - СПб.: Типография товарищества «Екатерингофское печатное дело», 1909. – 308 с.

22. Поппер К. Логика научного исследования. - М.: Республика, 2004. – 447 с.

23. Пухта Г.Ф. Энциклопедия права: Пер. с 6-го изд. / Под ред. П. Карасевича. - Ярославль: Типография Г. Фальк, 1872. - 99 с.

24. Райхер В.К. Абсолютные и относительные права. (К проблеме деления хозяйственных прав). В особенности применительно к советскому праву // Вестник гражданского права. - 2007. - Т. 7. - № 2. - С. 144-204.

25. Савиньи Ф.К.фон. Система современного римского права: В 8 т. Т. 1 / Пер. с нем. Г. Жигулина / Под ред. О. Кутателадзе, В. Зубаря. - М.: Статут, 2011. – 510 с.

26. Третьяков С.В. Категория субъективного права и особенности действия принципа диспозитивности в классической пандектистике // Вестник гражданского права. - 2019. - Т. 19. - № 4. - С. 22–50.

27. Третьяков С.В. О проблеме догматической квалификации «правомочия распоряжения» // Основные проблемы частного права: сборник статей к юбилею доктора юридических наук, профессора Александра Львовича Маковского / Отв. ред. В.В.Витрянский, Е.А. Суханов. - М.: Статут, 2010. С. 317–345.

28. Третьяков С. В. Право на чужое поведение и право на защиту // Вестник гражданского права. - 2019. - Т. 19. - № 3. - С. 7–36.

29. Третьяков С.В. Распоряжение правом на чужое поведение: юридическая природа и догматическая квалификация // Вестник гражданского права. - 2019. - Т. 19. - № 2. - С. 7–26.

30. 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. - Т. 7. - № 2. - С. 253–270.

31. Третьяков С.В. Юридическое господство над объектом как догматическая конструкция континентальной цивилистики // Гражданское право: современные проблемы науки, законодательства, практики: сборник статей к юбилею доктора юридических наук, профессора Е. А. Суханова. - М.: Статут, 2018. С. 481–509.

32. Толстой Ю.К. К теории правоотношения. - Л.: Издательство Ленинградского

университета им. А.А. Жданова, 1959. – 87 с.

33. Флейшиц Е.А. Соотношение правоспособности и субъективных прав // Вопросы общей теории советского права. Сборник статей. - М.: Госюриздат, 1960. - С. 255-283.

34. Халфина Р.О. Общее учение о правоотношении. - М.: Юридическая литература, 1974. - 351 с.

35. Хвостов В.М. Система римского права. - М.: Спарк, 1996. – 521 с.

36. Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. / Вступ. слово, сост.: П.В. Крашенинников / Сборник Избранное. Т. 4. – М.: Статут, 2016. – 752 с.

37. Яковлев В.Ф. Гражданско-правовой метод регулирования общественных отношений. 2-е изд., доп. - М.: Статут, 2006. – 238 с.

Иностранная литература

1. Achterberg N. Die Rechtsordnung als Rechtsverhältnisordnung: Grundlegung der 524 Rechtsverhältnistheorie. Berlin: Duncker & Humblot, 1978. – 160 s.

2. Adomeit K. Gestaltungsrechte, Rechtsgeschäfte, Ansprüche: Zur Stellung der Privatautonomie im Rechtssystem. Berlin: Duncker & Humblot. 1969. – 42 s.

3. Aicher J. Das Eigentum als subjektives Recht.: Zugleich ein Beitrag zur Theorie des subjektiven Rechts. Berlin: Duncker & Humblot. 1975. - 97 s.

4. Affolter F. X. Das römische Institutionen-system, sein Wesen und seine Geschichte. Berlin: Puttkammer & Mülbrecht, 1897. - 568 s.

5. Akkermans B. The Principle of Numerus Clausus in European Property Law. Antwerpen; Oxford: Intersentia, 2007. - 657 p.

6. Arrow K. J. Social Choice and Individual Values. 3rd ed. New Haven; London: YaleUniversity Press, 2012. - 144 p.

7. Bastit M. Naissance de la loi moderne. La pensée de la loi de saint Thomas à Suarez. Paris: PUF, 1990. - 389 p.

8. Bentham J. The Principles of Morals and Legislation. Amherst: Prometheus Books, 1988. - 248 p.

9. Beiser F.C. German Idealism: The Struggle against Subjectivism, 1781–1801. Cambridge: Harvard University Press, 2002. - 726 p.

10. Beiser F.C. The Romantic Imperative: The Concept of Early German Romanticism. Cambridge: Harvard University Press, 2003. - 262 p.

11. Bierling E. R. Juristische Prinzipienlehre. Bd. 1. Freiburg i. B.; Leipzig: Mohr Siebeck, 1894. - 375 s.

12. Bierling E. R. Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe. 2. Teil. Gotha: F. A. Perthes, 1883. -

367 s.

13. Binder J. Prozeß und Recht: Ein Beitrag zur Lehre vom Rechtsschutzanspruch. Leipzig: Deichert, 1927. - 395 s.

14. Bloch E. Freiheit und Ordnung:Abriß der Sozialutopien. Leipzig: Ph. Reclam, 1987. - 196 s.

15. Boor H.O. de. Gerichtsschutz und Rechtssystem: Ein Beitrag zum Kampfe gegen das aktionenrechtliche Denken. Leipzig: Theodor Weicher, 1941. - 68 s.

16. Brett A.S. Liberty, Right and Nature: Individual Rights in Later Scholastic Thought. New York: Cambridge University Press, 1997. - 272 p.

17. Brinz A. von. Kritische Blätter civilistischen Inhalts: In zwanglosen Heften. Nr. 3. Erlangen: F. Enke, 1853. - 68 s.

18. Brinz A. von. Lehrbuch der Pandekten. Erlangen:Andreas Deichert, 1857. - 651 s.

19. Brockmöller A. Die Entstehung der Rechtstheorie im 19. Jahrhundert in Deutschland. Baden-Baden: Nomos, 1997. - 297 s.

20. Brudner A. The Unity of the Common Law. Oxford: Oxford University Press, 2013. - 365 p.

21. Buchheim J. Actio,Anspruch, subjektives Recht. Tübingen: Mohr Siebeck, 2017. - 285 s.

22. Bucher E. Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis. Tübingen: Mohr Siebeck, 1965. - 215 s.

23. Bucher E. Gegen Jherings «Kampf um's Recht». Was die Privatrechtler aus unsinniger These lernen können // Gauchs Welt: Festschrift für Peter Gauch zum 65. Geburtstag / Hrsg. von P. Tercier, M.Amstutz,A. Koller, J. Schmid, H. Stöckli. Zürich: Schulthess, 2004. S. 45–60.

24. Bucher E. Für mehr Aktionendenken // Archiv für die civilistische Praxis (AcP). 1986. Bd. 186. S. 1–73.

25. Bucher E. Traditionale und analytische Betrachtungsweise im Privatrecht // Rechtstheorie: Zeitschrift für Logik, Methodenlehre, Kybernetik und Soziologie des Rechts. 1970. Bd. 1. S. 23– 44.

26. Bucher E. Was ist Begriffsjurisprudenz? // Theorie und Technik der Begriffsjurisprudenz / Hrsg. von W. Krawietz. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1976. S. 358 - 389.

27. Bülow O. Die Lehre von den Prozeßeinreden und die Prozeßvoraussetzungen. Gießen: Emil Roth, 1868. - 320 s.

28. Burrow J.W. The Crisis of Reason: European Thought, 1848–1914. New Haven: Yale University Press, 2000. - 288 p.

29. Bydlinsky Fr. System und Prinzipien des Privatrechts. Wien: Verlag Österreich, 2013. - 804 s.

30. Coing H. Benthams Bedeutung für die Entwicklung der Interessenjurisprudenz und der allgemeinen Rechtslehre // Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie / Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy. 1968. Vol. 54. No. 1. P. 69–88.

31. Coing H. Zur Geschichte des Begriffs «subjektives Recht» // Coing H., Lawson F.H.,Grönfors

K. Das subjektive Recht und der Rechtsschutz der Persönlichkeit. Frankfurt am Main: Alfred Metzner, 1959. S. 7 - 23.

32. Cruft R. The Circularity of the Interest and Will Theories of Rights // New Essays on the Nature of Rights / Ed. by M. McBride. Oxford; Portland: Hart Pub., 2017. P. 169 -186.

33. Dabin J. Le droit subjectif. Paris: Dalloz, 2008. - 313 p.

34. Degenkolb H. Einlassungszwang und Urteilsnorm: Beiträge zur materiellen Theorie der Klagen, insbesondere derAnerkennungsklagen. Leipzig: Breitkopf und Härtel, 1877. - 286 s.

35. Dernburg H. Pandekten. Bd. 1: Allgemeiner Teil und Sachenrecht. 7. Aufl. Berlin: H. W. Müller, 1902. - 743 S.

36. Donahue Ch., Jr. Ius in the Subjective Sense in Roman Law: Reflections on Villey and Tierney //AEnnio Cortese. T. 1 /Acura di D. Maffei et al. Roma: Il Cigno, 2001. P. 506 – 535.

37. Dörner H. Dynamische Relativität: Der Übergang vertraglicher Rechte und Pflichten. 38. München: C. H. Beck, 1985. - 396 s.

39. Dubischar R. Über die Grundlagen der schulsystematischen Zweiteilung der Rechte in sogenannte absolute und relative: Ein dogmengeschichtlicher Beitrag zur Lehre vom subjektiven Privatrecht. Tübingen: Präzis, 1961. - 143 s.

40. Duguit L. L'Etat, le droit objectif et la loi positive. Paris: Dalloz, 2003. - 636 p.

41. Duguit L. Les transformations générales du droit privée depuis le code Napoléon. Paris: Librairie FélixAlcan, 1912. - 206 s.

42. Duguit L. Les transformations du droit public. Paris: LibrairieArmand Colin, 1913. - 285 p.

43. Duguit L. Souveraineté et Liberté: Leçons faites à l'Université Columbia. Paris: Librairie Félix Alcan, 1922. - 214 p.

44. Duguit L. Traité de droit constitutionnel. Tome premier. Paris: Boccard, 1924. - 593 p.

45. Dyzenhaus D. Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar. Oxford: Clarendon Press, 1999. - 304 p.

46. Edmundson W.E. An Introduction to Rights. 2nd ed. New York: Cambridge University Press, 2012. - 200 p.

47. Fezer K.-H. Teilhabe und Verantwortung: Die personale Funktionsweise des subjektiven Privatrechts (Schriften des Instituts für Arbeits- und Wirtschaftsrecht der Universität zu Köln. Bd. 49). München: C. H. Beck, 1986. - 624 s.

48. Finnis J. Aquinas: Moral, Political, and Legal Theory. New York: Oxford University Press, 1998. - 408 p.

49. Fried B. The Progressive Assault on Laissez Faire. Robert Hale and the First Law and Economic Movement. Cambridge; London: Harvard University Press, 1998. - 392 p.

50. Frydrych D. Rights Modelling // Canadian Journal of Law & Jurisprudence. 2017. Vol. 30. No.

1. P. 125–157.

51. Frydrych D. Taking Rights Way Too Seriously: Kant, Hohfeld, and Evaluating Conceptual Theories of Rights: A thesis submitted in conformity with the requirementsfor the degree of Master of Laws. Graduate Department of the Faculty of Law University of Toronto, 2010. - 62 p.

52. Frydrych D. The Architecture of Rights: A thesis submitted for the degree of Doctor of Philosophy in Law. Oxford University, 2015. - 300 p.

53. Frydrych D. What Is the Will Theory of Rights? // Ratio Juris. 2019. Vol. 32. Issue 4. P. 455–472.

54. Füller J. N. Eigenständiges Sachenrecht? Tübingen: Mohr Siebeck, 2006. - 604 s.

55. Gaillet A. L'individu contre l'Etat: Essai sur l'évolution des recours de droit public dans l'Allemagne du XIXe siècle. Paris: Dalloz, 2012. - 552 p.

56. Garcia Salgago M. J. La jurisprudencia de interesses de Philipp Heck. Granada: Editorial Comares, 2010. - 276 p.

57. Gerber C.F. Über öffentliche Rechte. Tübingen: H. Laupp, 1852. - 107 s.

58. Gierke O. von. Die sozialeAufgabe des Privatrechts. Berlin; Heidelberg: Springer. 1889. - 52 s.

59. Giglio F. Coherence an Corporeality – On Gaius II, 12–14 // Zeitschrift der SavignyStiftung für Rechtsgeschichte: RomanistischeAbteilung. 2013. Bd. 130. S. 127–163.

60. Ghestin J., Barbier H. Traité de droit civil. Introduction générale. 5e éd. T. 1. Paris: LGDJ, 2018. - 860 p.

61. Gmür R. Rechtswirkungsdenken in der Privatrechtsgeschichte: Theorie und Geschichte der Denkformen des Entstehens und Erlöschens von subjektiven Rechten und andern Rechtsgebilden. Bern: Stämpfli, 1981. - 378 s.

62. Goldschmidt J.P. Der Prozeß als Rechtslage. Berlin: Springer, 1925. - 616 s.

63. Gordley J. The Jurists: A Critical History. Oxford: Oxford University Press, 2013. - 336 p.

64. Gordley J. The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine. Oxford: Oxford University Press, 1991. - 272 p.

65. Graham P. A Will Theory of Rights: A Defence // Law and Philosophy. 1996. Vol. 15. No. 3. P. 257–270.

66. Grossi P. La proprietà nel sistema privatistico della Seconda Scolastica // La Seconda Scolastica nella formazione del diritto privato moderno. Incontro di studio Firenze 16–19 ottobre 1972 /Acura di P. Grossi. Milano: Giuffrè, 1973. P. 117 - 222.

67. Guzmán A. Historia de la denominación del derecho-facultad como subjetivo // «Panta rei»: Studi dedicati a Manlio Bellomo /Acura di O. Condorelli. Rome: Il Cigno, 2004. T. II. P. 525–558.

68. Haferkamp H.-P. Die Bedeutung der Willensfreiheit für die Historische Rechtsschule // Willensfreiheit und rechtliche Ordnung / Hrsg. von E.-J. Lampe, M. Pauen, G. Roth. Berlin:

Suhrkamp, 2008. S. 196–225.

69. Haferkamp H.-P. Die heutige Rechtsmissbrauchslehre – Ergebnis nationalsozialistischen Rechtsdenkens? Berlin: VerlagA. Spitz; Baden-Baden: Nomos, 1995. - 414 s.

70. Haferkamp H.-P. Die Historische Rechtsschule. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2018. - 396 s.

71. Haferkamp H.-P. Georg Friedrich Puchta und die Begriffsjurisprudenz. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2004. - 552 s.

72. Hale R. L. Bargaining, Duress, and Economic Liberty // Columbia Law Review. 1943. Vol. 43. No. 5. P. 603–628.

73. Hale R. L. Coercion and Distribution in a Supposedly Non-Coercive State // PoliticalScience Quarterly. 1923. Vol. 38. No. 3. P. 470–494.

74. Halpérin J.-L. Histoire de l'état des juristes: Allemagne, XIXe–XXe siècles. Paris: Classiques Garnier, 2015. - 480 s.

75. Hart H. L. A. Definition and Theory in Jurisprudence // Hart H. L. A. Essays on Jurisprudence and Philosophy. Oxford: Clarendon Press, 1983. P. 21 - 48.

76. Hart H. L. A. Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Theory. Oxford: Oxford University Press, 1982. - 250 p.

77. Hasslinger N. Max von Rümelin (1861–1931) und die juristische Methode. Tübingen: Mohr Siebeck, 2014. - 205 s.

78. Heck Ph. Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz // Heck Ph. Das Problem der Rechtsgewinnung. Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz. Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz. Verlag Gehlen. Bad Homburg vor der Höhe; Berlin; Zürich: Gehlen, 1968. S. 142 - 212.

79. Heck Ph. Die Leugnung der Interessenjurisprudenz durch Hermann Isay // Interessenjurisprudenz / Hrsg. von G. Ellscheid, W. Hassemer. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1974, S. 235 - 253.

80. Heck Ph. Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz // Heck Ph. Das Problem der Rechtsgewinnung. Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz. Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz. Verlag Gehlen. Bad Homburg vor der Höhe; Berlin; Zürich: Gehlen, 1968. S. 46 - 141.

81. Heck Ph. Was ist diejenige Begriffsjurisprudenz, die wir bekampfen? / Interessenjurisprudenz / Hrsg. von G. Ellscheid, W. Hassemer. Darmstadt: Wissenschaftliche 529 Buchgesellschaft, 1974. S. 41 - 47.

82. Hellwig K. Anspruch und Klagerecht: Beiträge zum bürgerlichen und zum Prozessrecht. Jena: Gustav Fischer, 1900. - 530 s.

83. Hill J. L. After the Natural Law: How the Classical Worldview Supports Our Modern Moral and Political Views. San Francisco: Ignatius Press, 2016. - 309 p.

84. Hölder E. Ueber objectives und subjectives Recht: Ein Vortrag. Leipzig: A. Deichert, 1893. - 51 s.

85. Hofer S. Freiheit ohne Grenzen? Privatrechtstheoretische Diskussion im 19. Jahrhundert. Tübingen: Mohr Siebeck, 2001. - 313 s.

86. Hohfeld W. N. Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning // Yale Law Journal. 1917. Vol. 26. No. 8. P. 710–770.

87. Jacoby F. Das privateAmt. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007. - 635 s.

88. Jansen N., Reimann M.J. Begriff und Zweck in der Jurisprudenz – Ein Geburtstagsblatt für Rudolf von Jhering // Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (ZEuP). 2018. Heft 1. S. 89–128.

89. Jansen N., Michaels R. Private Law and the State: Comparative Perceptions and Historical Observations // Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (RabelsZ). 2006. Bd. 71. Heft 2. S. 345–397.

90. Jansen N. The Making of Legal Authority. Non-Legislative Codifications in Historical and Comparative Perspective. Oxford: Oxford University Press, 2010. - 175 s.

91. Jellinek G. System der subjektiven öffentlichen Rechte. Hrsg. u. eingel. v. Jens Kersten Tübingen: Mohr Siebeck, 2011. - 366 s.

92. Jhering R. von. Der Besitz // Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts. 1893. Bd. 32. S. 41–98.

93. Jhering R. von. Die Reflexwirkungen oder die Rückwirkung rechtlicher Thatsachen auf dritte Personen // Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts. 1871. Bd. 10. S. 245–354.

94. Jhering R. von. Ein Rechtsgutachten // Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts. 1880. Bd. 18. S. 1–128.

95. Jhering, R. von. Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. Teil 1. Leipzig: Breitkopf und Härtel, 1852. - 336 s.

96. Jhering R. von. Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. Teil 2, Bd. 2. Leipzig: Breitkopf und Härtel, 1858. - 373 s.

97. Jhering R. von. Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. Teil 3, Bd. 1. Leipzig: Breitkopf und Härtel, 1865. - 342 s.

98. Jhering R. von. Unsere Aufgabe // Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts. 1857. Bd. 1. S. 1–52.

99. Josserand L. De l’esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l’abus des droits. Paris: Dalloz, 2006. - 454 p.

100. Jouanjan O. La volonte dans la science juridique allemande du XIX sciecle: itineraries d'un concept, entre droit romain et droit politique // Droits. 1998. No. 28. P. 47 - 69.

101. Jouanjan O. Une histoire de la pensée juridique en Allemagne, 1800–1918. Paris: PUF, 2005. - 364 p.

102. Kasper F. Das subjektive Recht – Begriffsbildung und Bedeutungsmehrheit. Karlsruhe: C. F. Müller, 1967. - 195 s.

103. Kaufmann H. Zur Geschichte des aktionenrechtlichen Denkens // JuristenZeitung (JZ). 1964. Nr. 15/16. S. 482–489.

104. Kauhausen I. Nach der «Stunde Null»: Prinzipiendiskussionen im Privatrecht nach 1945. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007. - 314 s.

105. Kegel G. Begriffs- und Interessenjurisprudenz im Internationalen Privatrecht // Festschrift Hans Lewald. Basel: Helbing & Lichtenhahn, 1953. S. 259 - 288.

106. Kelsen Hans Allgemeine Theorie der Normen. Wien: Manz, 1979. - 362 s.

107. Kelsen H. Communist Theory of Law. New York: Praeger, 1955. - 203 p.

108. Kelsen H. General Theory of Norms. Oxford: Clarendon Press, 1991. 528 p.

109. Kelsen H. Introduction to the Problems of Legal Theory: A Translation of the First Editionof the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law. Oxford: Clarendon Press, 1998. - 216 p.

110. Kelsen H. Hauptprobleme der Staatrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze // Hans Kelsen Werke. Bd. 2: Veröffentliche Schriften 1911. 2 Halbbd. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008. - 1000 s.

111. Kelsen H. Pure Theory of Law. Clark: The Lawbook Exchange, Ltd. 2009. - 368 s.

112. Kelsen H. Reine Rechtslehre: Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit (Studienausgabe der 2.Auflage 1960). Tübingen: Mohr Siebeck, 2017. - 826 s.

113. Kelsen H. Sozialismus und Staat: Eine Untersuchung der politischen Theorie des Marxismus // Hans Kelsen Werke. Bd. 6: Veröffentliche Schriften 1920–1921. Tübingen: Mohr Siebeck, 2019. - 977 s.

114. Kaser M. Zum 'jus'-Begriff der Römer // Acta Juridica 1977 (Essays in Honour of Ben Beinart). Vol. II. Cape Town: Juta & Co., 1977. S. 127 - 178.

115. Kersten J. Georg Jellinek und die klassische Staatslehre. Tübingen: Mohr Siebeck, 2000. - 535 s.

116. Kersting W. Wohlgeordnete Freiheit: Immanuel Kants Rechts- und Staatsphilosophie. Berlin; New York: De Gruyter, 1984. - 408 s.

117. Kiefner H. Ideal wird, was Natur war: Abhandlungen zur Privatrechtsgeschichte des späten 18. und des 19. Jahrhunderts. Goldbach: Keip, 1997. - 546 s.

118. Korb A.-J. Kelsens Kritiker: Ein Beitrag zur Geschichte der Rechts- und Staatstheorie (1911–

1934). Tübingen: Mohr Siebeck, 2010. - 324 s.

119. Kramer M. In Defence of the Interest Theory of Right-Holding: Rejoinders to Leif Wenar on Rights // New Essays on the Nature of Rights / Ed. by M. McBride. Oxford; Portland: Hart Pub., 2017. P. 49 - 84.

120. Kramer M. In Defence of Legal Positivism. Oxford: Oxford University Press, 1999. - 328 p.

121. Kramer M. Getting Rights Right // Rights, Wrongs and Responsibilities / Ed. by M. Kramer. London: Palgrave Macmillan, 2001. P. 28–95.

122. Kramer M. Refining the Interest Theory of Rights // American Journal of Jurisprudence. 2010. Vol. 55. No. 1. P. 31–39.

123. Kramer M. Rights without Trimmings // Kramer M., Simmonds N., Steiner H. Debate over Rights: Philosophical Enquiries. Oxford: Oxford University Press, 1998. P. 7 - 111.

124. Kramer M. Some Doubts about Alternatives to the Interest Theory of Rights // Ethics. 2013. Vol. 123. No. 2. P. 245–263.

125. Kramer M., Steiner H. Theories of Rights: Is There a Third Way? // Oxford Journal of Legal Studies. 2007. Vol. 27. Issue 2. P. 281–310.

126. Kutki V. A. J. A Theory of Legal Personhood. Oxford: Oxford University Press, 2019. - 240 p.

127. Kuntze J.E. Die Obligation und die Singularsuccession des römischen und heutigen Rechtes: Eine civilistische Studie. Leipzig: H. Mendelssohn, 1856. - 423 s.

128. Lacey N. The Nightmare and the Noble Dream: A Life of H. L. A. Hart. Oxford: Oxford University Press. 2006. - 422 s.

129. La Torre M. La lucha contra el derecho subjetivo: Karl Larenz y la teoria nacionalsocialista del Derecho. Madrid: Dykinson, 2008. - 416 s.

130. Luhmann N. Subjektive Rechte: Zum Umbau des Rechtsbewußtseins für die moderne Gesellschaft // Luhmann N. Gesellschaftsstruktur und Semantik: Studien zur Wissenssoziologie der modernen Gesellschaft. Bd. 2. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993. S. 45 - 104.

131. Mayer P. La distinction entre règles et décisions et le droit international privé. Paris: Dalloz, 1973. - 244 p.

132. Mecke Chr.-E. Begriff des Rechts und Methode der Rechtswissenschaft bei Rudolf von Jhering (Beiträge zu Grundfragen des Rechts. Bd. 25). Göttingen: V&R Unipress, 2018. - 747 s.

133. Meder S. Ius non scriptum – Traditionen privater Rechtsetzung. 2. Aufl. Tübingen: Mohr Siebeck, 2009. - 293 s.

134. Merrill Th. W., Smith H. E. Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clausus Principle // Yale Law Journal. 2001. Vol. 110. No. 1. P. 1–70.

135. Mueller D. C. Public Choice III. 3rd ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. - 722 s.

136. Muther Th. Zur Lehre von der römischen Actio, dem Heutigen Klagerecht, der Litiscontestation und der Singularsuccession in Obligationen: eine Kritik des Windscheid'schen Buchs: «DieActio des Römischen Civilrechts». Erlangen: Deichert, 1857. - 198 s.

137. Neumann U. Rechtsontologie und juristische Argumentation: Zu den ontologischen Implikationen juristischen Argumentierens (R. v. Decker's rechts- und sozialwissenschaftliche Abhandlungen. Bd. 4). Heidelberg; Hamburg: R. v. Decker; G. Schenk, 1979. - 108 s.

138. Normatity and Norms: Critical Perspective on Kelsenian Themes / Ed. by S. L. Paulson, B. Litschewski Paulson. Oxford: Clarendon Press, 1999. - 698 s.

139. Oertmann P. Interesse und Begriff in der Rechtswissenschaft. A. Deichertsche Verlagsbuchhandlung Dr. W. Scholl. Leipzig. 1931. - 100 s.

140. Padovani A. Birth of a Legal Category: Subjective Rights // Divus Thomas. 2013. Anno 116. P. 37–53.

141. Paulson S. L. The Empowerment Theory of Norms // Ratio Juris. 1988. Vol. 1. Issue 1.P. 58–72.

142. Pauly W. Der Methodenwandel im deutschen Spätkonstitutionalismus: Ein Beitrag zu Entwicklung und Gestalt der Wissenschaft vom öffentlichen Recht im 19. Jahrhundert. Tübingen: Mohr Siebeck, 1993. - 269 s.

143. Pinkard T. German Philosophy 1760–1860: The Legacy of Idealism. Cambridge: Cambridge University Press, 2002. - 396 p.

144. Pleister W. Persönlichkeit, Wille und Freiheit im Werke Jherings. Ebelsbach: R. Gremer, 1982. - 437 s.

145. Das Privileg im europäischen Vergleich / Hrsg. von B. Dölemeyer, H. Mohnhaupt. Bd. 1. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1997 - 478 s.; Bd. 2. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1999. - 362 s.

146. Portmann W. Wesen und System der subjektiven Privatrechte. Zürich: Schulthess, 1996. - 277 s.

147. Posner E.A., Weyl E.G. Radical Markets: Uprooting Capitalism and Democracy for a Just Society. Princeton; Oxford: Princeton University Press, 2018. - 368 s.

148. Puchta G.F. Lehrbuch der Pandekten. Leipzig: Verlag von Johann Ambrosius Barth, 1838. - 629 s.

149. Puchta G.F. Vorlesungen über das heutige römische Recht. Bd. II. Leipzig: Tauchnitz, 1855. - 583 s.

150. Pugliese G. «Res corporales», «res incorporales» e il problema del diritto soggettivo // Studiin onore di Vincenzo Arangio-Ruiz nel XLV anno del suo insegnamento. T. 3. Napoli: Jovene, 1953. P. 224 - 260.

151. Pugliese G. Actio e diritto subiettivo. Milano:A. Giuffrè, 1939. - 446 p.

152. Reid Ch.J., Jr. The Canonistic Contribution to the Western Rights Tradition: An Historical Inquiry // Boston College Law Review. 1991. Vol. 33. No. 1. P. 37–92.

153. Ranouil V. L'Autonomie de la volonté: Naissance et évolution d'un concept. Paris: PUF, 1980. - 165 p.

154. Raz J. Morality of Freedom. Oxford: Oxford University Press, 1986. - 435 p.

155. Raz J. Practical Reason and Norms. Oxford: Oxford University Press, 1990. - 224 p.

156. Rawls J. ATheory of Justice. Cambridge: Harvard University Press, 1971. - 560 p.

157. Reich N. Sozialismus und Zivilrecht: Eine rechtstheoretisch-rechtshistorische Studie zur Zivilrechtstheorie und Kodifikationspraxis im sowjetischen Gesellschafts- und Rechtssystem. Frankfurt am Main:Athenäum, 1972. - 363 s.

158. Reutter W.P. «Objektiv Wirkliches» in Friedrich Carl von Savignys Rechtsdenken, Rechtsquellen- und Methodenlehre. Frankfurt am Main: Vittirio Klostermann, 2011. - 478 s.

159. Roubier P. Droits subjectifs et situations juridiques. Paris: Dalloz, 2005. - 476 p.

160. Ripstein A. Force and Freedom: Kant's Legal and Political Philosophy. Cambridge: Harvard University Press, 2009. - 416 p.

161. Rückert J. Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny. Ebelsbach: Rolf Gremer, 1984. - 487 s.

162. Rüthers B. Die unbegrenzte Auslegung: Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus. Tübingen: Mohr Siebeck, 2012. - 551 s.

163. Samner L. W. The Moral Foundation of Rights. Oxford: Clarendon Press, 1987. - 240 p.

164. Savigny F. C. von. System des heutigen Römischen Rechts. Bd. 1. Berlin: Veit & Comp., 1840. - 429 s.

165. Savigny F. C. von. System des heutigen römischen Rechts. Bd. 5. Berlin: Veit & Comp., 1841. - 616 s.

166. Schiavone A. The Invention of Law in the West. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2012. - 640 p.

167. Schmidt J. Aktionsberechtigung und Vermögensberechtigung. Köln; Berlin; Bonn; München: Heymanns, 1969. - 626 s.

168. Schnepf R. Zwischen Gnadenlehre und Willensfreiheit. Skizze der Problemlage zu Beginn der Schule von Salamanca (Francisco de Vitoria) // Politische Metaphysik: Die Entstehung moderner Rechtskonzeptionen in der Spanischen Scholastik / Hrsg. von M. Kaufmann, R. Schnepf. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2007. S. 23 - 42.

169. Schönberger C. Das Parlament im Anstaltsstaat: Zur Theorie parlamentarischer Repräsentation in der Staatsrechtslehre des Kaiserreichs (1871–1918). Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann,

1997. - 470 s.

170. Screevanisan G. Public Goods, Individual Rights and Third-Party Benefits // New Essays on the Nature of Rights / Ed. by M. McBride. Oxford; Portland Hart Pub., 2017. P. 127 - 148.

171. Schauer F. The Force of Law. Cambridge; London: Harvard University Press, 2015. - 256 p.

172. Schmitt C. Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens. Berlin: Duncker & Humblot, 2006. - 55 s.

173. Schulev-Steindl E. Subjektive Rechte: Eine rechtstheoretische und dogmatische Analyse am Beispiel des Verwaltungsrechts. Wien; New York: Springer, 2008. - 452 s.

174. Schulz F. Prinzipien des römischen Rechts. München: Duncker & Humblot, 1934. - 188 s.

175. Schultz T. Transnational Legality. Stateless Law and International Arbitration. Oxford: Oxford University Press, 2014. - 224 p.

176. Schuppe W. Der Begriff des subjektiven Rechts. Breslau: W. Koebner, 1887. – 376 p.

177. Seelmann K. Die Lehre des Fernando Vazquez de Menchaca vom Dominium. Köln; Berlin; Bonn; München: Heymanns, 1979. - 184 s.

178. Seelmann K. Selbstherrschaft, Herrschaft über die Dinge und individuelle Rechte in der Spanischen Spätscholastik // Politische Metaphysik: Die Entstehung moderner Rechtskonzeptionen in der Spanischen Scholastik / Hrsg. von M. Kaufmann, R. Schnepf. Frankfurt am Main: PeterLang, 2007. S. 43 - 57.

179. Siber H. Zur Theorie von Schuld und Haftung nach Reichsrecht // Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts. 1906. Bd. 50. S. 55–276.

180. Siebert W. Subjektives Recht, konkrete Berechtigung, Pflichtenordnung // Deutsche Rechtswissenschaft. 1936. Bd. 1. S. 23–31.

181. Siebert W. Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung: Ein rechtsvergleichender Beitrag zur Lehre von den Schranken der privaten Rechte und zur exceptio doli (§§ 226, 242, 826 BGB.), unter besonderer Berücksichtigung des gewerblichen Rechtsschutzes (§ 1 UWG.). Marburg i. Hessen: Elwert, 1934. - 259 s.

182. Simshäuser W. Zur Entwicklung des Verhältnisses von materiellem Recht und Prozeßrecht seit Savigny: Eine Untersuchung am Beispiel rechtsfremder Klagen. Bielefeld: Ernst und Werner Gieseking, 1965. - 165 s.

183. Simmermacher D. Eigentum als ein subjektives Recht bei Luis de Molina (1535–1600). Berlin: De Gruyter, 2018. - 244 s.

184. Simmonds N. E. Rights at the Cutting Edge // Kramer M. H., Simmonds N. E., Steiner H. A Debate Over Rights: Philosophical Enquiries. Oxford: Oxford University Press, 1998. P. 113–232.

185. Sohm R. Der Begriff des Forderungsrechts // Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Rechtder Gegenwart (Grünhuts Zeitschrift). 1877. Bd. 4. S. 457 - 474.

186. Sol Th. La controverse Villey-Tierney sur la naissance du droit subjectif au XIIe siècle: difficultés et valeur heuristique d'un anachronisme conceptuel // Penser l'ordre juridique médiéval et moderne. Regards croisés sur les méthodes des juristes / Sous la dir. de N. LaurentBonne. Paris: LGDJ, 2016. P. 209–234.

187. Spence M. Intellectual Property. Oxford: Oxford University Press, 2007. - 250 s.

188. Stoll H. Begriff und Konstruktion in der Lehre der Interessenjurisprudenz // Interessenjurisprudenz / Hrsg. von G. Ellscheid, W. Hassemer. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1974. S. 153 - 210.

189. Tellkamp J. A. Über den Zusammenhang von Freiheit und Sklaverei bei Vitoria und Soto // Politische Metaphysik: Die Entstehung moderner Rechtskonzeptionen in der Spanischen Scholastik / Hrsg. von M. Kaufmann, R. Schnepf. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2007. S. 155– 175.

190. Tierney B. Natural Law and Natural Rights: Old Problems and Recent Approaches // Reviewof Politics. 2002. Vol. 64. Issue 3. P. 389–406.

191. Tierney B. The Idea of Natural Rights: Studies on Natural Rights, Natural Law, and Church Law 1150–1625. Grand Rapids: Wm. B. Eerdmans Pub., 1997. - 391 p.

192. Thon A. Rechtsnorm und subjektives Recht. Weimar: H. Böhlau, 1878. - 374 s.

193. Toews J.E. Becoming Historical: Cultural Reformation and Public Memory in Early Nineteenth-Century Berlin. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. - 492 p.

194. Tretyakov S. Power Conferring Legal Rules As Coercive Offers? // Russian Law Journal. 2018. Vol. 6. No. 1. P. 4–27.

195. Tretyakov S. The Concept of Legal Coercion and Power-Conferring Legal Regimes //Russian Law Journal. 2017. Vol. 5. No. 1. P. 33–56.

196. Toss P. Der Weg des subjektiven Rechts in die gliedschaftliche Bindung: Zum Verhältnis von Nationalsozialismus und Privatrecht. Frankfurt am Main: Johann Wolfgang Goethe-Universität, 1968. - 157 s.

197. Tuck R. Natural Rights Theories: Their Origin and Development. Cambridge: Cambridge University Press, 1979. - 195 p.

198. Tuhr A. von. Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts. Bd. 1: Allgemeine Lehren und Personenrecht. Leipzig: Duncker & Humblot, 1910. - 648 s.

199. Unger J. System des österreichischen allgemeinen Privatrechts. Bd. 1. 3. Aufl. Leipzig: Breitkopf und Härtel, 1868. - 726 s.

200. Villey M. Du sens de l'expression jus in re en droit romain classique // Revue internationale des droits de l'antiquité. 1949. Vol. II. P. 417–436.

201. Villey M. L'idée de droit subjectif et les systèmes juridiques romains // Revue Historique de Droit français et étranger. 1946–1947. No 24–25. P. 201–227.

202. Villey M. La formation de la pensée juridique moderne. Paris: PUF, 2003. - 632 p.

203. Villey M. Leçons d'histoire de la philosophie du droit. 2e éd. Paris: Dalloz, 2002. - 326 p.

204. Vonlanthen A. Zum rechtsphilosophischen Streit über das Wesen des subjektiven Rechts. Zürich: Polygraphischer Verlag, 1964. - 133 s.

205. Wach A. Der Feststellungsanspruch: Ein Beitrag zur Lehre vom Rechtsschutzanspruch. Leipzig: Duncker & Humblot, 1889. - 66 s.

206. Wagner G. Rudolph von Jherings Theorie des subjektiven Rechts und der berechtigenden Reflexwirkungen //Archiv für die civilistische Praxis (AcP). 1993. Bd. 193. Heft 4. S. 319–347.

207. Wellman K. A Theory of Rights: Persons under Laws, Institutions, and Morals. Totowa: Rowman &Allanheld Publishers, 1985. - 225 p.

208. Wie pandektistisch war die Pandektistik? Symposium aus Anlass des 80. Geburtstags von Klaus Luig am 11. September 2015 / Hrsg. von H.-P. Haferkamp, T. Repgen. Tübingen: Mohr Siebeck, 2017. - 308 s.

209. Vinx L. Hans Kelsen's Pure Theory of Law: Legality and Legitimacy. Oxford: Oxford University Press, 2007. - 280 p.

210. Wieacker F. Privatrechtsgeschichte der Neuzeit: unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1996. - 659 p.

211. Windscheid B. Die Actio des römischen Civilrechts, vom Standpunkte des heutigen Rechts. Düsseldorf: J. Buddeus, 1856. - 238 s.

212. Windscheid B. Die actio: Abwehr gegen dr. Theodor Muther. Düsseldorf: Buddeus, 1857. - 88 s.

213. Windscheid B. Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. 1. 2. Aufl. Düsseldorf: Buddeus, 1867. - 736 s.

214. Windscheid B. Lehrbuch des Pandektenrechts. 4. Aufl. Bd. I. Düsseldorf: J. Buddeus, 1875. - 836 s.

215. Windscheid B. Lehrbuch des Pandektenrechts. 7. Aufl. Bd 1. Frankfurt am Main: Rütten & Loening, 1891. - 763 s.

216. Windscheid B. Zur Lehre des Code Napoleon von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte. Düsseldorf: Buddeus, 1846. - 346 s.

217. Wright G. H. von. Norm and Action: A logical Enquiry. London: Routledge & Kegan Paul; New York: Humanities Press, 1963. - 214 p.