

МОСКОВСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ УНИВЕРСИТЕТ
имени М.В. ЛОМОНОСОВА

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

АВТОРЕФЕРАТ
диссертации на соискание ученой степени
доктора юридических наук

Москва – 2022

Работа выполнена на кафедре гражданского права юридического факультета
МГУ имени М.В. Ломоносова

Научный консультант – **Суханов Евгений Алексеевич**,
доктор юридических наук, профессор

Официальные оппоненты – **Василевская Людмила Юрьевна**,
доктор юридических наук, ФГБОУ ВО
«Московский государственный университет
имени О.Е. Кутафина (МГЮА)», профессор
кафедры гражданского права

Гутников Олег Валентинович,
доктор юридических наук, ФГНИУ
«Институт законодательства и
сравнительного правоведения при
Правительстве Российской Федерации»,
отдел гражданского законодательства и
процесса, главный научный сотрудник, и.о.
заведующего отделом;

Карапетов Артем Георгиевич,
доктор юридических наук,
Автономная некоммерческая организация
дополнительного профессионального
образования «Юридический институт «М-
Логос», директор.

Защита диссертации состоится «23» марта 2022 г. в 15 часов 00 минут
на заседании диссертационного совета МГУ.051.1 (МГУ.12.03) Московского
государственного университета имени М.В.Ломоносова по адресу: Москва,
Ленинские горы, д.1, стр.13-14, 4-й учебный корпус, Юридический
факультет, ауд. 536а.

E-mail: dissovet@law.msu.ru

С диссертацией можно ознакомиться в отделе диссертаций научной
библиотеки МГУ имени М.В. Ломоносова (Ломоносовский просп., д.27), а
также на сайте ИАС «ИСТИНА»: <https://istina.msu.ru/dissertations/425286949/>.

Автореферат разослан «___» января 2022 г.

Ученый секретарь
диссертационного совета,
кандидат юридических наук, доцент

Н.В.Щербак

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 правовыми порядками. Категория субъективного права сформировалась раньше возникновения современных контролируемых национальными государствами правовых порядков. 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 частноправовым 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 правовые порядки, ориентированные на институционную систему, придают категории субъективного права меньшее значение, чем правовые порядки, 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 сложившиеся 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

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

права в европейской цивилистике и различные конкурирующие теоретические модели субъективного права. Такой подход позволяет выявить структурные особенности и функции категории субъективного права в 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. Grimm, 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. Grimm и Л.И. Петражицкий предложили оригинальные теоретические 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 доктрины, 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 анализа², составляет методологическую основу исследования. Это 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 относилась. 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

² 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.

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 обслуживают³. 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 ананациональным частноправовым системам и комплексам, а частноправовые институты и конструкции юридической догматики частного права. Важное значение при этом придавалась выявлению их социокультурных оснований⁴.

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

³ Green L. The Concept of Law Revised, 94 MICH. L. REV. 1687 (1996).

⁴ Husa J. A New Introduction to Comparative Law. Hart Publishing. Oxford and Portland: Oregon. 2015.

важнейшей характеристики категории субъективного права;

- определение соотношения понятий «господство воли», «господство над объектом», «контроль», «распоряжаемость»;
- установление значения признака распоряжаемости правом для теории субъективного права;
- 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 правовых порядков. 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 описанию 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 объектом 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 цикле» 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 правовых порядках 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 функции» 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. Кельзенем 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.

ОСНОВНОЕ СОДЕРЖАНИЕ РАБОТЫ

Во **Введении** обосновывается актуальность избранной темы, приводится степень ее разработанности, определяются цели, задачи и предмет исследования, демонстрируется новизна, научная и практическая значимость, формулируются основные положения, выносимые на защиту.

В первой главе **«Возникновение понятия субъективного частного права в европейском частном праве»** четыре параграфа.

Первая глава диссертации посвящена проблеме исследования классической волевой теории субъективного частного права. В главе используется исторический метод изучения понятия субъективного права. Соответственно, исследуются общие условия возникновения понятия и юридической конструкции субъективного права в европейской цивилистике, прослеживается генезис этого понятия и то, каким образом это понятие стало ключевым для классической и современной цивилистики. При этом основной акцент сделан на актуальном значении генезиса концепции субъективного права для современной цивилистической догматики. Таким образом, в соответствии с методологическими установками неопандектистского направления современной цивилистической мысли (Р. Циммерман, Р. Михаэльс, Н. Янсон и другие) исторический анализ направлен на понимание современного актуального состояния догматической разработки категории субъективного частного права.

В соответствии с этим замыслом, основные проблемы, подлежащие разрешению в первой главе диссертационного исследования, заключаются в том, чтобы:

- 1) используя исторический материал, разрешить вопрос о возможности существования частноправовых систем, в основе которых не лежала бы категория субъективного права;
- 2) определить условия и момент возникновения категории субъективного права в европейской цивилистике с целью понимания функций этого понятия в юридической догматике и методологии частного права;
- 3) определить место категории субъективного частного права в рамках основных частноправовых традиций;
- 4) выявить альтернативные модели категории субъективного частного права, исходя из разной исторической и социокультурной эволюции основных национальных систем частного права в континентальной Европе;
- 5) определить причины того, что волевая теория субъективного частного права, возникнув как исторически первая, по-прежнему занимает доминирующее положение в

юридической догматике.

В первом параграфе (**«Субъективное право и принцип диспозитивности в римском частном праве и их догматическое значение»**) рассматривается проблема существования категории субъективного права в римском частном праве. 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. 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 iure*; вынесение судом решения на основе формулы претора в случае доказанности фактических обстоятельств, стадия *in iudicio*) препятствовало появлению конструкции субъективного права, поскольку юридические возможности управомоченного ограничивались лишь конфликтной стадией развития правоотношения. 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.

Тем не менее, в юридической литературе выдвигались аргументы в пользу существования категории субъективного права в римском частном праве. Эти аргументы проанализированы в диссертационном исследовании. Основные доводы в пользу признания категории субъективного права в римском частном праве выдвигаются романистами, которые, как представляется, склонны модернизировать римские представления о правонаделении, либо основываются на несколько упрощенном представлении о субъективном праве (тракуемом просто как рефлекс права объективного), либо предполагают использование аргументов, основанных на лингвистическом анализе употребления терминов в текстах источников.

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.

Значение результатов этого исторического анализа с точки зрения догматики и методологии частного права, по мнению диссертанта, заключается в следующем. Представляется возможным существование частноправовых систем, не основанных на понятии субъективного права. В диссертации на основании исторического анализа

продемонстрировано, что римское частное право является такой частноправовой системой, в которой существовал принцип диспозитивности, но при этом отсутствовало его важнейшее воплощение - конструкция субъективного права. Представляется логичным сделать вывод, что такое положение вещей (существование принципа диспозитивности при отсутствии конструкции субъективного права) возможно в условиях правовой системы, которая не содержит непосредственно объективно-правовых правил поведения в сфере частного права, а лишь предоставляет (процессуальные) средства защиты нарушенных имущественных интересов, включая средства защиты, направленные на разрешение соответствующих конфликтов интересов в имущественной сфере.

Во втором параграфе (**«Концепции субъективного частного права в европейской науке частного права (VI– XVIII вв.) и альтернативные модели субъективного частного права»**) исследуется генезис категории субъективного права в европейском частном праве. Формирование концепции субъективного права в европейской науке частного права имело несколько источников и параллельно развивалось сразу на нескольких «треках». Прежде всего, важное значение имели усилия средневековых цивилистических школ - глоссаторов и комментаторов, которые были направлены на рационализацию и систематизацию текстов источников римского права, содержащих решения римских юристов по отдельным вопросам регулирования имущественного оборота. Ключевое значение, в частности, имела теоретическая рефлексия над проблемой систематизации частно-правовых институтов, связанная с анализом трехчленной структуры Институций (лица / вещи / иски). Усилия средневековой науки частного права были направлены на то, чтобы адаптировать эту классификацию под новое понимание правового порядка как порядка (объективно-правовых) норм, а не средств защиты, которое возникло в средние века. Итогом этих усилий стало представление о том, что средства защиты (*actiones*) имеют «материальную причину» в правах, на защиту которых они направлены. Так материальной причиной *actio* является *obligatio*. В дальнейшем Гуго Донелл осуществил окончательное размежевание материального частного права и процессуальных средств и форм его принудительного осуществления (гражданского процесса), что создало возможность перехода от трехчленной классификации Институций к дихотомии вещные / обязательственные права.

На основе этого анализа можно сделать вывод, что важнейшей функцией категории субъективного частного права изначально являлась систематизация частноправовых институтов и норм объективного права с целью рационализации и упрощения частноправовых предписаний.

Однако одной рационализации и систематизации римских частно-правовых категорий

и институтов было недостаточно. Необходимо было перевести эти категории и институты из объективно-правового в субъективно-правовой модус. Это произошло на «параллельном треке», в рамках дискуссий средневековых схоластов. В ходе дискуссии о «францисканской бедности» Уильям Оккам впервые сформулировал представление, в соответствии с которым право может быть свойством или атрибутом субъекта, а не только мерой справедливости, как оно трактовалось ранее. Такую трактовку уместно назвать «слабым» пониманием субъективного права. В ходе этой теологической дискуссии были сформулированы две конкурирующие теории, которые впоследствии составили основу для двух альтернативных пониманий категории субъективного права: понимание права как свободы, неотъемлемого свойства субъекта, с одной стороны, и понимание права как приобретённого и распоряжаемого.

Важнейшее, вероятнее всего, решающее значение для формирования категории субъективного права имел теоретический синтез, осуществлённый представителями испанской неосхоластики (Саламанкской школы), который позволил объединить представление о праве как атрибуте субъекта с более традиционной конструкцией права как приобретённого и распоряжаемого. Учение об автономии воли, ставшее одной для появления унифицированной концепции субъективного права, как способности и власти (*facultas sive potestas*), которая стала основой для классической модели европейского частного права, было побочным продуктом теологических дискуссий о соотношении Божественного предопределения и человеческой свободы воли. Сформулированное в рамках Саламанкской школы представление о субъективном праве можно именовать «сильным» пониманием субъективного права. Теоретики испанской схоластики окончательно вычленили две ключевые характеристики категории субъективного права: представление о праве как атрибуте субъекта и концепцию «господства над объектом». Если подходить с современных позиций, субъективное право модулировалось по образцу права собственности, поскольку именно этот вариант получается из объединения двух вышеназванных элементов конструкции.

Наконец, последним компонентом стала секуляризация принципа автономии воли, осуществлённое Гуго Гроцием и другими теоретиками секулярного естественного права. Конструкция субъективного права была освобождена от её теологических предпосылок. В этот момент была создана возможность рассматривать субъективное право в качестве базовой абстракции частного права, поскольку оно объединяло две важнейшие характеристики понятие автономии воли и понятие господства субъекта над объектом.

Рассматриваемый «трек» развития учения о субъективном праве позволил рассматривать категорию субъективного права как важнейшее и основное проявление

принципа диспозитивности. Такая трактовка предполагает, что центральной категорией частного права является не понятие субъективного права, а понятие автономии воли (основанное на понятии абстрактной и равной гражданской правоспособности). Принцип же диспозитивности (соответственно, и категория субъективного права) являются производными от частной автономии феноменами. Таким образом, соотношение между объективным и субъективным правом «сдвинуто» в пользу объективного права. Принцип частной автономии гарантирует правонаделение и диспозитивность, а не наоборот, категория субъективного права определяет дизайн принципа автономии воли. Подобная «объективно-правовая» трактовка соотношения принципов автономии воли и диспозитивности и соответствующая ей роль категории субъективного права характерна для французской традиции частного права. Иначе складывалась германская модель.

В третьем параграфе (**«Субъективное право как «конечная абстракция цивилистики» (классическая волевая теория субъективного частного права)»**) первой главы рассматривается возникновение концепции субъективного права германской цивилистики начала 19 века. Германская теория частного права 19 века добавила к двум ключевым компонентам теории субъективного права, которые сформировались ранее (право как атрибут и право как господство), третий - трактовку права как отношения. Основное влияние на теорию субъективного права оказал И.Кант.

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, то есть субъективное право. Иначе говоря, конструкция частной автономии предполагает центральное место категории субъективного права в этической и правовой теории. Вот это, на мой взгляд, 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 17 и 18 веков, принимая автономию воли за отправную точку частного права, не смогли предоставить убедительную теорию обоснования её 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, то есть 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 17 и 18 веках 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 зависит от того, каким образом понимать категорию субъективного права и его роль в частном праве. Если понимать субъективное право как атрибута или свойства субъекта, то строго говоря, понятие субъективного права уже существовало по крайней мере с 14 века. 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 определенного субъекта (категории субъектов), является субъективным правом. Такое понимание вообще не обнаруживает частно-правовой 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 был устранены трансцендентные компоненты.

В рамках секулярных версий естественно-правовой теории категория субъективного права уже имела, несомненно, большое значение, но не стала системообразующей для теории частного 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 его возникновения следует считать посткантианскую германскую цивилистику первой трети 19 столетия.

Исходя из вышеизложенного становится понятным почему субъективное право, которое до того всегда трактовалось как атрибут, в 19 веке поменяла «модальность существования» и стало рассматриваться как отношение: интегрировать автономию воли и субъективные права можно именно через понятие отношения (притязания).

В то же время введённое Савиньи понятие правоотношения имела и ещё один теоретический источник - посткантианскую философию романтизма и объективного идеализма. 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), который отстаивали немецкие романтики и представители немецкого объективного идеализма. Во-вторых, остаётся непроясненным 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 «суггестия» фактов, их концентрированное выражение. Но и практика, в свою очередь, формируется под воздействием нормы. Таким образом, правовое регулирование представляет собой результат взаимного воздействия нормативной и фактических 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.

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 17 и 18 веков. 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 16, 17 и 18 веков сталкивались с большими трудностями, пытаясь, например, обосновать принцип виновной ответственности со ссылками на тексты римского права⁵. Любой текст источников, который не соответствовал принципу, должен неизбежно вести к фальсификации самого принципа. По этой причине, чтобы «спасти» принцип, ученым 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

⁵ Gordley J. The Jurists. A critical Study. Oxford University Press. Oxford. 2013, P. 99. 100, 110 -147.

радикально отличными друг от друга⁶. Подобная методология позволяет толерантнее относиться к исключениям из правил и отходу от принципов, которые неизбежны, но которые также трактуются именно как исключения, не 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 одновременно 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 жестко друг от друга, нормативное имеет объективную фактическую основу, а фактическое - всегда опосредованно 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 есть уверенность, что этот принцип носит «объективный» (в смысле методологических принципов объективного идеализма) характер. Вот указанную выше уверенность в объективности и добавил германский романтизм и объективный идеализм в немецкую цивилистическую теорию первой половины 19 века. Именно её и выражала категория правоотношения у Савиньи.

Параграф четвертый (**«Субъективное частное право и «юриспруденция понятий»**) главы первой посвящен анализу понятия субъективного права в классической пандектной доктрине 2-й половины 19 века. Теория субъективного права, господствовавшая в рамках германской доктрины частного права во второй половине 19 века, по существу, является наиболее знакомым всем (в том числе и за пределами германоязычных правовых порядков) пониманием категории субъективного права. Именно 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 субъективного права в качестве «конечной абстракции» частного права.

Пандектистское понимание категории субъективного права в целом ориентировалось

⁶ Baiser Fr. C. The Romantic Imperative The Concept of Early German Romanticism. Harvard University Press. Cambridge, Massachusetts, and London, England 2003, Chapters 4, 8.

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 сказалась 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 по аналогии 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») и представляющих собой особую юридическую реальность. По аналогии с естественными науками (в первую очередь с химией) задача науки частного права виделась пандектистике 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 выделять базовые элементарные абстракции, которые в разных сочетаниях присутствуют и определяют юридическую природу разных частноправовых институтов.

Соответственно, именно такие элементарные абстракции и являются, в соответствии с этой логикой, подлинной реальностью частного права. Именно их выделение позволяет, в частности, заполнять пробелы в праве и устранять правовые противоречия. Более того, с этой точки зрения, чем выше уровень соответствующей абстракции, тем она оказывается ценней и важнее с точки зрения теоретического анализа и правоприменения. Именно по этой причине категория субъективного права стала ключевой, поскольку это предельная абстракция.

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

Эта только намеченная Виндшайдом линия развития доктрины субъективного права

получает выражение, в частности, в том, что он четко и однозначно трактовал феномен субъективного права как производный от объективного права, включённый в соответствующий национальный правопорядок.

Наиболее уязвимые места теоретической конструкции субъективного права пандектики 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.

Во-вторых, как показала дискуссия, в круг эмпирико-психологического понимания категории субъективного права, использование в конструкции субъективного права понятия воли в его эмпирико-психологическом значении приводит к разрушению единства категории субъективного права. Степень «интенсивности» проявления индивидуальной воли и её юридическое значение (способность порождать права и обязанности) различно в различных 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.

Вторая глава (**«Альтернативные модели субъективного частного права»**) диссертации посвящена рассмотрению теоретических моделей субъективного частного права, которые выдвигались в качестве альтернативы классической волевой теории. Основным движущим мотивом, лежащим в основании всех альтернативных моделей субъективного права в цивилистической доктрине, является стремление устранить недостатки классической волевой теории, ответить на те вызовы, которые поставила критика волевой теории, либо адаптировав понимание субъективного права, либо вообще элиминировав его. При этом чёткое выражение получает тенденция адаптировать классическое понимание субъективного частного права к изменившимся социальным реалиям развитой рыночной экономики и массового общества. Это получает выражение, в частности, в частичном отказе от автономии частного права, критике индивидуализма классической модели частного права и некоторой социологизации категории субъективного права. Подробному рассмотрению подвергнуты различные версии теории интереса, выступающей основной альтернативой волевой теории с середины 19 века и по сей день. Рассмотрена аналитическая теория У. Хофельда, оказавшей существенное воздействие на понимание субъективного права. Наконец, подробному критическому анализу подвергнуты теории, отвергающие существование конструкции субъективного

права. В качестве основного метода исследования выбран логический метод (метод концептуального анализа). Каждая из рассмотренных во второй главе теорий которые внесли существенный вклад в понимание субъективного права в науке частного права. Однако диссертант приходит к выводу, что равнозначной альтернативы волевой теории создано не было, а нигилизм в отношении категории субъективного частного права абсолютно не обоснован. Соответственно, основные проблемы, поставленные во второй Главе диссертационного исследования заключаются в следующем:

- 1) исследовать вопрос соотношения объективного и субъективного права в современном частном праве;
- 2) определить, в какой мере теория субъективного права может быть основана на категории интереса;
- 3) выявить возможности социологизации понятия субъективного права, а также риски, связанные с этим;
- 4) определить, в какой мере правотворчество и правоприменение на основе «взвешивания интересов» совместимы с категорией субъективного частного права;
- 5) установить, в какой мере анализ структурных особенностей отдельных типов и видов субъективных частных прав и правомочий способствует пониманию существенных свойств категории субъективного права;
- 6) определить, в какой мере обоснованы попытки отрицания существования конструкции субъективного частного права.

В первом параграфе (**«Субъективное частное право как интерес»**) второй главы анализируется теория интереса в её классической форме, сформулированной Р. Иерингом.

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.

Ключевой теоретической конструкцией, при помощи которой Иеринг попытался решить эти проблемы, стала категория интереса. Субъективное право трактуется Иерингом как юридически защищенный интерес, как обеспечение при помощи права доступа субъекта к пользованию социальным благом. Таким образом, по мнению Иеринга, решаются все основные 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 объемам, 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.

Однако создать теоретическую конструкцию субъективного права, опираясь исключительно на понятие интереса, не представляется возможным, поскольку, как четко 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 определенное 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, чье действие косвенно эту возможность пользования создало.

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 защищенный 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.

Формальный критерий проведен не вполне последовательно: с одной стороны, Иеринг

признает, 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 (рефлекс 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).

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 жестко 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 определенным социальным целям и интересам, но и то, каким образом этот функционал достигается с сугубо юрисдикционно-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 анализа рефлексов права.

Решающим аргументом против теории интереса, по мнению диссертанта, 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 признается легитимным в определенной 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.

Проект Иеринга, как представляется, заключался как раз в попытке примирить ориентированную на кантианскую деонтологическую этику традиционную германскую цивилистику и классическую волевую теорию как ее высшее достижение, с одной стороны, и утилитаристскую этику и теорию права, с другой стороны. Отсюда и то внутреннее напряжение между волевым началом и понятием интереса, которое характерно для теории Иеринга.

Во втором параграфе (**«Субъективное частное право и «юриспруденция интересов»**) анализируется дальнейшее развитие классической теории интереса в рамках направления науки германского частного права, известного как «юриспруденция интересов» и прежде всего его главного представителя - германского цивилиста Ф. Хека.

Анализ этого направления науки частного права приводит диссертанта к выводу, что 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 будет предписание объективного права, с помощью которых эти конфликты находят своё разрешение.

В то же время 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 «конечной 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». Диссертант полагает что именно этот удачный синтез относительной свободы судейского усмотрения, методики принятия во внимания 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.

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 тот системообразующий характер, которым она обладала в рамках классических версий частного права.

Диссертант приходит к выводу, что «юриспруденции интересов» не удалось успешно сформулировать альтернативную версию частного права. 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 классическими абстракциями частного права, в том числе посредством категории субъективного права.

В работе делается 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.

Таким образом, анализ «юриспруденции интересов» приводит к заключению, что теория интересов тяготеет к истолкованию институтов частного права в объективно-правовом ключе, что исключает возможность положить категорию интереса в основу понимания субъективного частного права. «Юриспруденция интересов», будучи глубоко продуманной и внутренне последовательной интерпретацией частного права как системы норм, продемонстрировала невозможность построения систематики частноправовых институтов исключительно на основе «систематизации» правовых предписаний. Сведение функционала категории субъективного частного права исключительно к систематике невозможно, поскольку критерием систематизации должны выступать характерные черты

метода частного права (диспозитивность, формальное равенство и автономия воли), систематика же по предметному признаку (виды интересов) невозможна в силу многообразия интересов и невозможности их сведения к абстракциям, которые бы отражали характерные черты тех или иных институтов частного права.

Неудача столь хорошо выстроенной теории наводит на мысль, что понимание институтов и категорий частного права на основе норм, минуя важное связующее звено и базовую абстракцию - субъективное право, по-видимому, вообще невозможно.

В третьем параграфе (**«Современные версии теории интереса»**) второй главы анализируются современные версии теории интереса, возникшие в англо-американской теории права. Эти теоретические модели, в частности рассматриваемые в работе теории Дж. Раза и М. Крамера, позволили существенно уточнить теорию интереса и придали ей большую аналитическую строгость и убедительность.

В частности, в работе анализируются существенные модификации теории интереса, предложенные Дж. Разом: понимание субъективного права не как коррелята, а как исключительного основания юридической обязанности. По мнению Раза субъективное право представляет собой юридически защищённый интерес управомоченного. Этот интерес представляет столь важное значение, что порождает презумпцию наличия «исключительного основания» в пользу управомоченного при прочих равных условиях. С практической точки зрения это означает, что по умолчанию предполагается, что защищённый правом интерес (субъективное право) изымается из обычной процедуры оценки и взвешивания интересов при вынесении правоприменительного решения, получая привилегированный статус. Таким образом устраняется важнейшее возражение против классической теории интересов, согласно которому взвешивание интересов уравнивает интерес управомоченного и противоречащие ему интересы иных лиц и поэтому несовместимо с привилегированным статусом носителя субъективного права. Презумпция в пользу интереса и изъятие этого привилегированного интереса из обычной процедуры взвешивания интересов устраняет это возражение. Вместе с тем, остаётся место и для характерной для теории интересов процедуры взвешивания интересов, поскольку речь идёт лишь об опровержимой презумпции в пользу интереса носителя субъективного права. Таким образом, Разу удаётся непротиворечивым образом совместить взвешивание интересов и конструкцию субъективного права.

Тем не менее, как продемонстрировано в работе, Разу не удаётся чётко отделить субъективное право от объективного права (и то, и другое он трактует как «исключительные основания» поведения). Кроме того, крайне сомнительной представляется его концепция «квалифицированного интереса», то есть такого интереса,

который даёт основания для презумпции в пользу управомоченного. Проблема состоит в том, что из содержания интересов невозможно непосредственно выделить конкретные типы и виды субъективных прав, характеризующиеся определёнными типами периметров юридической защиты. Как показывает проведённый в работе анализ, в этом смысле категория интереса страдает гораздо большей неопределённостью, чем классическая волевая теория.

Если усилия Дж. Раза концентрировались на утончении понятия интереса, то М. Крамер уделил основное внимание опровержению другого основного возражения против теории интереса, а именно: возможности существования ситуаций, когда интерес существует, но не защищается или, наоборот, когда существует юридическая защита, но нет интереса. Подробный анализ аргументации М. Крамера, проведённый в работе, показывает, что на сегодняшний день не существует убедительного объяснения этих случаев с позиции теории интереса.

На основании проведённого анализа в диссертации сделан вывод, что несмотря на глубину и аналитическую строгость аргументации, характерные для современных англо-американских теорий интереса, им всё же не удалось преодолеть недостатки классических теорий интереса. Основную причину этого диссертант видит в невозможности при помощи категории интереса непосредственно соединить социальную реальность и правовые предписания, основываясь на наличии непосредственных причинно-следственных связей между первыми и последними, игнорируя при этом опосредующую роль юридической догматики.

Четвертый параграф («Теория субъективного права У. Хофельда») анализируется ещё одна слабая сторона классической волевой теории субъективного права, сложность сформулировать общее понятие субъективного частного права вследствие того, что различные типы субъективных частных прав и отдельных правомочий отличаются различной степенью выраженности господства воли управомоченного. В связи с этим анализируются те теории, которые выделяли различные структурные типы правонаделения в частном праве. Прежде всего, речь идёт об аналитической модели правомочий американского правоведа У. Хофельда.

В частности, схема анализа содержания правовых возможностей, предложенная Хофельдом основывается на выделении простейших типов поведения, определяемых аналитически, то есть 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.

На основе анализа аналитической схемы У. Хофельда диссертант приходит к выводу, что 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 следует резко отграничивать когнитивный аспект (анализ содержаний субъективных прав) от онтологического (отождествлять пары «логические атомов» с реально существующими типами субъективных прав).

Это 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 не на историцистские и герменевтические инструменты, а на 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.

Но даже применительно к континентальному частному праву анализ различных типов содержания субъективных прав сам по себе не приводит к определению надежного 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. Общий вывод диссертанта состоит в том, что сам по себе анализ структурных особенностей отдельных видов субъективных прав и правомочий сам по себе не способен убедительно разрешить о природе категории субъективного частного права.

Пятый параграф (**«Критика понятия субъективного частного права как критика принципа автономии воли»**) второй Главы посвящён рассмотрению теорий, отрицающих концепцию субъективного частного права вообще и не видящих какого-либо смысла в его использовании в науке гражданского права. Диссертант выдел три основных аргумента, вокруг сформировались три теоретические позиции, с помощью которых

отрицается существование категории субъективного права. В работе последовательно анализируются эти три аргумента. В частности, автор делает вывод, что попытка отрицания понятия субъективного права с помощью теории социальной функции Л. Дюги следует признать неудачной. Понятие социальной функции используется Л. Дюги как метафора, которая позволяет избавиться от цивилистического категориального аппарата, существование которого он рассматривает как препятствие в построении дисциплины на новых основаниях. В работе продемонстрировано, что теория социальной функции является следствием некритического перенесения Л. Дюги категориального аппарата и специфических концепций французского административного права, которые не пригодны не только для частно-правового контекста, но не имеют аналогов даже в рамках континентальной традиции публичного права (в первую очередь, в Германии).

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 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.

Второй аргумент против концепции субъективного частного права основывается на переосмыслении понятия принуждения в праве. Наиболее убедительным его выразителем, по мнению диссертанта, является американский правовед Р. Хейл. Основной акцент в своих исследованиях Хейл сделал на критику понятия свободы выбора или свободы усмотрения, которые классическая теория частного права рассматривала в качестве основного компонента категории субъективного частного права. Базовая интуиция Р. Хейла заключается в том, чтобы деконструировать традиционное представление о соотношении свободы и принуждения.

По мнению Р. Хейла любой «свободный» выбор в действительности предполагает и осуществляется в рамках сетки взаимного принуждения. Если согласится с логикой рассуждений Р. Хейла, то необходимо отказаться от самого понятия свободы усмотрения, возможности выбора и автономии воли субъектов частного права.

С точки зрения Р. Хейла, любой выбор, осуществляемый субъектом частного права, является в той или иной мере принудительным. Принуждение как бы «разлито» в

социальных практиках. По этой причине публичная власть не может ограничиваться лишь «признанием» и принудительным осуществлением результатов стихийно складывающегося взаимодействия субъектов экономического оборота. Это связано с тем, что нет уверенности, что эти стихийные взаимодействия являются полностью добровольными.

Как полагает диссертант, фронтальная атака Р. 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. В связи с этим в работе подробно проанализировано понятие принуждения и различных его версий, в том числе та широкая трактовка принуждения, которой придерживался Р. Хейл. Критический анализ этой широкой версии демонстрирует её несостоятельность. Предложена иная более узкая трактовка феномена принуждения.

Третий аргумент против концепции субъективного частного права основан на различных версиях тезиса о «неотделимости прав от обязанностей». В наиболее общем виде рассматриваемый аргумент содержится в трудах германского цивилиста О. Гирке. В результате подробного анализа в работе выделено три контекста употребления тезиса о «единстве прав и обязанностей». Первый из них представляет собой так называемый принцип взаимного соответствия (корреляции) субъективных прав и юридических обязанностей. В работе выражаются сомнения по поводу универсальности этого «принципа», поскольку он не учитывает структурных особенностей секундарных прав и дозволений в частном праве. Второй касается так называемого принципа «двустороннего обоснования» в частном праве, анализ которого, проведённый в диссертации, приводит к выводу о его совместимости с конструкцией субъективного права, отражая, как ни парадоксально, не эквивалентность между правом и обязанностью, а именно асимметрию, приоритет субъективного права как основы правонаделения в частном праве. Наконец, третий контекст употребления касается некоторых радикальных версий теории злоупотребления правами (прежде всего, теории имманентных границ субъективного права), которые, как продемонстрировано в работе несовместимы с частным правом вообще.

Проведённый анализ позволяет сделать уверенный вывод, что попытка атаки на классическую конструкцию субъективного права, опираясь на «принцип единства прав и обязанностей», лишена оснований. 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.

Третья глава диссертации (**«Современные версии волевой теории»**) посвящена анализу понятия распоряжения правом как ключевого, по мнению диссертанта, фокуса исследования категории субъективного права. В главе проанализированы теоретические источники понимания субъективного частного права как распорядительной власти. В частности, рассмотрению подверглись концепции А. Тона, Г. Кельзена, О. Бухера и Г. Л. А. Харта, в работах которых в той или иной степени субъективное право понималось посредством понятия распоряжения. В главе используется преимущественно логический анализ, однако концепции исследуются в том историческом порядке, в котором они входили в научный оборот.

С точки зрения юридической догматики и методологии частного права основные проблемы, которые подверглись исследованию в третьей главе сводятся к следующему:

- 1) выявить предпосылки и теоретические источники формирования современной версии волевой теории субъективного частного права, теоретически реконструировать её возникновение и основные этапы развития;
- 2) установить, в какой мере категории распоряжения, распорядительной власти могут рассматриваться в качестве основы для понимания субъективного частного права;
- 3) определить соотношение понятия распоряжения (распорядительной власти) с понятиями господства воли, контроля над объектами права, свободы усмотрения, с помощью которых классическая версия волевой теории определяла субъективное частное право;
- 4) выявить качественную специфику субъективного права по сравнению с объективным правом и выяснить место категории субъективного права в механизме правового регулирования.

В первом параграфе (**«Субъективное частное право и право на защиту как распоряжение (А. Тон)»**) анализируется концепция субъективного права германского теоретика права А. Тона, общей основой которой является теория императивов, в соответствии с которой право регулирует поведение посредством императивов - юридических обязанностей и запретов.

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 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.

Существо субъективного права Тон усматривает в принадлежащей управомоченному правовой власти распоряжаться средствами защиты права, то есть 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.

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.

Среди причин, обусловивших выбор Тоном именно права на иск в материально-правовом смысле в качестве стандартного случая контроля управомоченного над обязанностью, диссертант выделяет представление, которое трактовало юрисдикционную защиту права как функциональный эквивалент 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 изменении его правового положения (прав и обязанностей). Если перенести эту модель на более поздний этап развития права с монополизацией принуждения государством, то на место самоуправства занимает инициатива в приведении действие принудительного осуществления обязанности (право на иск в материально-правовом смысле).

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 иск и 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. Это рассматривается в диссертации как противоречие внутри концепции А. Тона.

Ещё одним важным аспектом, по мнению диссертанта, оказавшим влияние на дальнейшее развитие теории субъективного частного права, заключается в том, что А. Тон заложил основы теоретической редукции дозволений к запретам (и обязанностям), в рамках которой право на собственное поведение управомоченного рассматривается лишь как фактическое следствие запрета иным лицам препятствовать управомоченному.

Во втором параграфе (**«Делегированная компетенция, государственное принуждение и распоряжение субъективным правом (Г. Кельзен)»**) третьей главы диссертации анализируется концепция субъективного права Г. Кельзена. По мнению диссертанта, основной заслугой Г. Кельзена в области развития учения о субъективном праве стало доказательство им тезиса о том, что субъективное право представляет собой специфическую частно-правовую технику правового регулирования. Особенность этой специфической техники правового регулирования состоит в том, что инициатива в принудительном осуществлении обязанности ставится правопорядком в зависимость от усмотрения частного лица, как правило, выгодоприобретателя этой обязанности. 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 распорядится средством принудительного осуществления (судебной защиты против неисполнения) обязанности, то есть решить предъявлять иск (в материально-правовом смысле или нет).

Таким образом, субъективное право, по мнению Кельзена, представляет собой разновидность делегации правотворческой компетенции частному лицу, когда наступление или не наступление юридических последствий зависит от воли частного лица (управомоченного субъекта).

В итоге Кельзен делает важный для теории субъективного права вывод, что критерием наличия или отсутствия субъективного права является возможность контролировать юридическую судьбу обязанности, то есть 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).

Другие же 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).

Проведённый в исследовании анализ показывает, что узкая трактовка распорядительного эффекта, сводящаяся 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 непосредственного 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. Диссертант видит в этом крайне узком понимании категории распоряжения противоречие, мотивированное общей концепцией правопонимания Г. Кельзена, но не вполне пригодной для догматики частного права.

Третий параграф (**«Осуществление и распоряжение субъективным правом (О. Бухер)»**) диссертационного исследования посвящен рассмотрению концепции субъективного права швейцарского цивилиста О. Бухара.

Основная заслуга Бухера, по мнению диссертанта, 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 определенный юридический эффект или нет.

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). От формальных концепций Тона и Кельзена такая концепция отличается более широким пониманием объема 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, выражающейся в осуществлении или не осуществлении юридической возможности поведения. От пандектистского понимания субъективных прав теория Бухера отличается более узкой трактовкой понятия «господства 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, которое он вправе осуществлять по собственному усмотрению.

В работе сделан вывод, что важнейшим теоретическим 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.

Проведенный диссертантом анализ показал, что основной проблемой теории Бухера является резкое разграничение между осуществлением и распоряжением правами и отрицание распорядительного эффекта осуществления права. Диссертант подробно анализирует и критикует это разграничение.

В четвертом параграфе (**«Осуществление субъективного права как распоряжение и принцип автономии воли (Г. Харт)»**) третьей главы рассматривается понимание субъективного права, сформулированное британским теоретиком права Г. Хартом.

По мнению диссертанта, 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.

В дальнейшем, как продемонстрировано в работе, 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 входит 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 над правом.

В работе анализируется понимание Г. Хартом категории распоряжения и оно сопоставляется с его аналогами из континентально-правовой науки. По сравнению с континентальными вариантами современной волевой теории субъективного права (которую можно с долей условности назвать «распорядительной теорией») 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.

Как полагает диссертант, 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.

В работе анализируются недостатки концепции Г. Харта. Основной недостаток «распорядительной теории» в духе Г. Харта состоит в том, что она плохо объясняет случаи, в которых определенное 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 диссертанту, недостаток основного конкурента «распорядительной» теории, современной теории интереса, носит куда более серьезный 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 irrelevantной и может замещаться волей других лиц.

По мнению диссертанта, 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 частное право, в котором собственная активность субъектов не была бы общим правилом.

Пятый параграф (**«Субъективное частное право как распорядительная власть»**) третьей главы представляет собой анализ понятия распоряжения в свете рассмотренных в этой же главе теоретических концепций, склонных рассматривать распорядительную власть как основу концепции субъективного права.

Прежде всего, диссертант обращает внимание, что распорядительные концепции субъективного частного права, которые тяготеют к её объяснению как делегированной объективным правом способности порождать права и обязанности. Юридический позитивизм, на котором основаны рассмотренные распорядительные концепции, 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.

Соответственно, 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. То есть субъективное право мыслится по модели объективного права. Подобно тому, как воля национального правопорядка является единственным источником права (то есть 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.

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 лишь те из них, которые обладают распорядительным эффектом, которые при этом трактуется достаточно широко.

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.

Таким образом, основная функция категории субъективного права несколько меняется по сравнению с той ролью, которую ей отводила классическая (пандектистская) модель частного права. В рамках классической модели частного права субъективное право рассматривалось как центральная категория всей дисциплины частного права, отражающей сам способ организации и байховую 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, то есть 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), то есть 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.

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 корреспондирующего 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.

Четвертая глава диссертационного исследования (**«Спорные проблемы распорядительной теории субъективного частного права»**) посвящена рассмотрению спорных проблем распорядительной теории субъективного частного права. За основу рассмотрения автором взяты два типа субъективных правомочий - право на чужое поведение и право на собственное поведение фактического характера. Именно эти две группы субъективных правовых возможностей в частном праве вызывают наибольшие трудности с точки зрения обнаружения в них элементов распорядительного характера. Соответственно, задачей исследования в четвертой главе диссертации является выявление связи указанных правовых возможностей (субъективных прав или правомочий) с распорядительными правомочиями. Основные проблемы при этом следует сформулировать следующим образом:

- 1) выявление соотношения права на чужое поведение и права на собственное поведение и распорядительных правомочий;
- 2) уточнение структуры права на чужое поведение;
- 3) постановка вопроса о возможности существования права на собственное поведение в качестве самостоятельного типа субъективных правовых возможностей (прав или правомочий) в частном праве.

В первом параграфе (**«Субъективное частное право как право на чужое поведение и принцип правонаделения»**) четвертой главы анализируется понятие и структура права на чужое поведение. Диссертант отмечает, 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 определенного 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.

В связи с этим диссертант отмечает странный теоретический парадокс. Если следовать первой традиции, то нужно согласиться с тем, что право на чужое поведение включает компонент, который, строго говоря, создает для управомоченного возможность собственного поведения. Если же строго следовать логике принципа корреляции (соответствия) между субъективным частным правом и юридической обязанностью, то не остается места собственно для субъективного права, которое традиционно характеризуется через активность и инициативу самого управомоченного.

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.

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.

Выявлены историко-догматические причины, которые породили первую модель, и сделано заключение, что в современных условиях её логика не всегда приводит к корректным результатам, хотя в целом, теория остается более предпочтительной, чем альтернативные теоретические конструкции.

Продемонстрирована связь между активным, инициативным, «распорядительным» компонентом субъективного права на чужое поведение и корреспондирующей ему юридической обязанностью. Высказана и обоснована гипотеза, что указанная связь носит необходимый характер и только она и придает праву на чужое поведение характер субъективного частного права в техническом смысле слова.

Второй параграф (**«Распоряжение правом на чужое поведение»**) рассмотрены проблемы соотношения юридической конструкции права на собственное поведение и распорядительных действий.

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 определенного поведения в пользу кредитора.

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.

Продемонстрирована критически важная роль понятия распоряжения правом для теории частного права и для теории субъективного частного права в особенности.

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.

Третий параграф (**«Право на чужое поведение и право на защиту»**) четвертой главы посвящён рассмотрению проблемы соотношения права на чужое поведение и права на защиту.

В частности, диссертант приходит к заключению, что историю развития учения о праве на защиту и соотношении материального субъективного частного права и процессуальной формы его осуществления от Савиньи до Кельзена в аспекте соотношения права на чужое 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. (Г. Дегенкольтб, О. Бюлов, А. Вах) 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, к чему склонялся О. Бюлов. 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, что получило отражение в теории защиты права А. Ваха. Эти теоретические модели критически проанализированы в работе.

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.

В подобных условиях естественным вариантом решением проблемы стала попытка вернуться к интеграции материального субъективного права и права на защиту. Это весьма сложная догматически задача, однако, как показывает пример Г. Кельзена, задача, осуществляемая в принципе. В связи с этим в работе проанализированы соответствующие аспекты теории Г. Кельзена. Интересно и то, что именно инициатива управомоченного в защите материального права явилась у Г. Кельзена тем ключевым параметром, который позволил не только объединить притязание и право на защиту, но и отчетливо продемонстрировать, почему и в том, и в другом случае речь идет о субъективном праве, а не просто о рефлексе объективно-правовой обязанности. Соответственно, в работе сделан вывод, что элемент диспозитивности характеризует право на защиту в материально-правовом смысле и свидетельствует о неразрывной связи между правом на защиту и соответствующим материальным правом.

Предметом рассмотрения в четвертом параграфе (**«Права на собственное поведение и дозволения в частном праве»**) стал другой тип субъективной юридической возможности, праву на собственное поведение фактического характера и его совместимости с распорядительной теорией субъективного права.

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.

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».

Наиболее серьезные аргументы в пользу признания дозволений в качестве самостоятельной техники правового регулирования выдвинуты Л.Хофельдом и Дж.Разом. Их взгляды проанализированы диссертантом.

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.

Вместе с тем, как полагает диссертант, право на собственное поведение не может существовать вне связи с распорядительными правомочиями и только оба этих правомочия в неразрывном единстве могут квалифицироваться в качестве субъективного частного права.

В пятом параграфе (**«Притязание, дозволение и распорядительная власть»**) четвертой главы подведены итоги рассмотрения спорных случаев применения распорядительной теории субъективного права, права на чужое поведение и права на собственное поведение фактического характера.

В частности, диссертант рассматривает вопрос о соотношении некоторых видов частно-правовых правомочий (права на чужое поведение и права на собственное поведение фактического характера) с правомочием распоряжения. На основе анализа рассматриваемых правомочий делается вывод об их неразрывной связи с правомочием распоряжения. Рассмотрены различные теоретические модели правомочий на чужое поведение и на собственное поведение фактического характера. Продемонстрирована связь сформулированного в отечественной цивилистической традиции понятия права на чужое поведение с разработанным в рамках германской теории частного права понятием притязания. Рассмотрены основные теоретические модели понятия притязания (теории Б. Виндшайда, Э.Р. Бирлинга и А. Тона). На основе анализа германской теории притязания сделан вывод о том, что понятие притязание изначально мыслилось как теснейшим

образом связанное с понятием распоряжения. Рассмотрены основные возражения против тезиса, в соответствии с которыми, право на чужое поведение неразрывно связано с распорядительными полномочиями и продемонстрирована их недостаточная убедительность. Продemonстрировано, что аналогичная проблема возникает и применительно к праву на собственное поведение фактического характера, обладание которым также само по себе также не предполагает наличие у управомоченного распорядительных полномочий (права на собственное поведение юридического характера). На основе анализа содержания и механизма осуществления полномочий, относящихся к праву на собственное поведение, сделан вывод, что указанные полномочия не могут осуществляться вне реализации распорядительных полномочий и оказываются неразрывно связанными с последними.

В **Заключении** диссертации подводятся итоги исследования. Ключевой вопрос, с которым так или иначе оказываются связанными все основные проблемы, поставленные в работе, заключается в степени универсальности категории субъективного права в частном праве. В частности, на поставленный в работе вопрос о том, ограничивается ли функция категории субъективного права исключительно удобной систематизацией институтов и категорий частного права, представляется возможным дать отрицательный ответ. По мнению диссертанта, категория субъективного частного права выражает удачно отражает основную задачу частного права, задачу согласования частной автономии каждого из субъектов частного права друг с другом. Поэтому даже в тех частноправовых системах, которые тяготеют к рационализации норм и институтов частного права на основе объективно-правовых критериев, не удаётся игнорировать категорию субъективного частного права как основу понимания и классификации в частном праве. Тот же вывод имеет и темпоральное, историческое измерение. Как показано в работе, даже в тех частноправовых системах, которым категория субъективного частного права не была известна (римское частное право), существовали её функциональные эквиваленты. Наконец, немаловажным с точки зрения диссертанта представляется и тот факт, что на доктринальном уровне ни одна альтернативная модель частного права без категории субъективного права не была разработана и не получила практическую реализацию в правотворческой или правоприменительной практике. В этом смысле, как полагает диссертант, категория субъективного права остаётся «конечной абстракцией» частного права.

ОСНОВНЫЕ, ОПУБЛИКОВАННЫЕ РАБОТЫ ПО ТЕМЕ ДИССЕРТАЦИИ**I. Статьи, опубликованные в рецензируемых научных изданиях,
рекомендованных для защиты в диссертационном совете МГУ****по специальности 12.00.03**

1. 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, издательство. – 2007. - Т. 7. - № 2. - С. 253-270. – 1,22 п.л. (пятилетний импакт фактор РИНЦ – 0,618).
2. Третьяков С.В. Некоторые аспекты формирования основных теоретических моделей структуры субъективного частного права // Вестник гражданского права. – 2007. - Т. 7. - № 3. - С. 242-260. - 1,29 п.л. (пятилетний импакт фактор РИНЦ – 0,618).
3. Третьяков С.В. Some Thoughts on the Genesis of the Efficiency Concept and the Causes of Its Contemporary Status in Legal Discourse // Russian Law Journal. - 2013. - Т.1. - № 1. - С. 26-38. – 0,86 п.л. (пятилетний импакт фактор РИНЦ – 0,294).
4. Третьяков С.В., Ворожевич А.С. Об утилитарности интеллектуальных прав, принудительных лицензиях и бюрократических рентах // Закон. - 2017. - № 8. - С. 154-179. – 1,8 п.л. (пятилетний импакт фактор РИНЦ – 0,932).
5. Третьяков С.В. The Concept of Legal Coercion and Power-Conferring Legal Regimes // Russian Law Journal. - 2017. - Т.5. - № 1. - С. 33-56. – 1,65 п.л. (пятилетний импакт фактор РИНЦ – 0,28).
6. Третьяков С.В. Power Conferring Legal Rules as Coercive Offers? // Russian Law Journal. - 2018. - Т. 6. - № 1. - С. 4-27. – 1,65 п.л. (пятилетний импакт фактор РИНЦ – 0,28).
7. Третьяков С.В. Теоретическая модель права на чужое поведение и начало права наделения в частном праве // Вестник гражданского права. - 2019. - N 1. - С.7-27. – 1,44 п.л. (пятилетний импакт фактор РИНЦ – 0,618).
8. Третьяков С.В. Распоряжение правом на чужое поведение: юридическая природа и догматическая квалификация // Вестник гражданского права. - 2019. - N 2. - С. 7 - 26. – 1,36 п.л. (пятилетний импакт фактор РИНЦ – 0,618).
9. Третьяков С.В. Право на чужое поведение и право на его защиту // Вестник гражданского права. - 2019. - N 3. - С. 7 - 36. – 2,08 п.л. (пятилетний импакт фактор РИНЦ – 0,618).
10. Третьяков С.В. Категория субъективного права и особенности действия принципа диспозитивности в классической пандектистике // Вестник гражданского права. - 2019. -

№ 4. - С. 22-50. – 2,01 п.л. (пятилетний импакт фактор РИНЦ – 0,618).

11. Третьяков С.В. Генезис концепции субъективного права в европейской науке частного права (VI–XVIII вв.) // Вестник гражданского права. - 2019. - № 5. - С. 9-42. – 2,37 п.л. (пятилетний импакт фактор РИНЦ – 0,618).

12. Третьяков С.В. Субъективное частное право и «юриспруденция понятий»: кульминация и кризис волевой теории субъективного права // Вестник гражданского права. – 2020. - № 3. - С. 9-42. – 2,37 (пятилетний импакт фактор РИНЦ – 1,571).

13. Третьяков С.В. Субъективное право как интерес? Трактовка категории субъективного (частного) права в рамках классической теории интереса // Вестник гражданского права. - 2020. - №4. - С. 5-44. – 2,8 п.л. (пятилетний импакт фактор РИНЦ – 1,571).

14. Третьяков С.В. Субъективное право как «последняя абстракция» цивилистики: генезис и структурные компоненты классической волевой теории // Вестник гражданского права. - 2020. - N 2. - С. 18 - 59. – 2,94 п.л. (пятилетний импакт фактор РИНЦ – 1,571).

15. Третьяков С.В. Критика понятия субъективного частного права как критика принципа автономии воли: случай Леона Дюги // Законодательство. - 2021. - №12. - С. 69-75. - 0,43 п.л. (пятилетний импакт фактор РИНЦ – 0,2).

16. Третьяков С.В. Притязание, дозволение и распорядительная власть в теории субъективного частного права // Вестник Московского университета. - 2021. - Серия 11. - Право. - № 6. - С. 56-69. – 0,75 п.л. (пятилетний импакт-фактор РИНЦ – 0,341).

II. Иные публикации

1. Третьяков С.В. О проблеме догматической квалификации «правомочия распоряжения» / сборник статей «Основные проблемы частного права»: Сборник статей к юбилею доктора юридических наук, профессора А.Л. Маковского / Отв. ред. В.В. Витрянский, Е.А. Суханов. М., Статут, 2010. С. 575 (36 п.л.) - С. 56-115 (3,39 п.л.).

2. Третьяков С.А. Критические заметки к тезису «Право распределяет риски» / сборник «Риск в сфере публичного и частного права». М., «ОТ и ДО», 2014. С. 310 (17,82 п.л.) - С. 81-93 (0,69 п.л.).

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 Евгения Алексеевича Суханова. М., Статут, 2018. С. 638 (36,8 п.л.) – С. 481-509 (1,61 п.л.).

4. Третьяков С.В. Германская коллизионная доктрина и глобализация / сборник статей «Арбитраж и регулирование международного коммерческого оборота: российские, иностранные и трансграничные подходы». *Liber Amicorum* в честь 70-летия А.С. Комарова / сост. и науч. ред.: Н.Г. Маркалова, А.И. Муранов. М., Статут М, 2019. С. 736 (42,32 п.л.) – С. 545-567 (1,27 п.л.).

5. Третьяков С.В. Право на защиту как распоряжение? Теория субъективного права Августа Тона / сборник статей Гражданское право социального государства: Сборник статей, посвященный 90-летию со дня рождения профессора А.Л. Маковского (1930–2020) / Отв. ред. В.В. Витрянский, Е.А. Суханов. М., Статут, 2020. С. 480 (27,6 п.л.) – С. 439-462 (1,32 п.л.).

6. Третьяков С.В. Между осуществлением и распоряжением правами: концепция субъективного (частного) права Ойгена Бухера / сборник статей «Проблемы осуществления и защиты гражданских прав», посвященный 100-летию со дня рождения профессора В.П. Грибанова / Отв. ред. Е.А. Суханов, А.Е. Шерстобитов. М., Статут, 2021. С. 492 (30,75 п.л.) – С. 72-100 (1,67 п.л.).

7. Третьяков С.А. Делегированная компетенция, государственное принуждение и распоряжение правами: концепция субъективного (частного) права Ганса Кельзена / сборник статей памяти В.С. Ема (к 70-летию со дня рождения) / Отв. ред. Е.А. Суханов. М., Статут, 2021. С. 600 (34,50 п.л.) – С. 157-181 (2,65 п.л.).

III. Монография

1. Третьяков С.А. Развитие учения о субъективном частном праве в зарубежной цивилистике. М., 2022. ISBN 978-5-00189-596-1. С. 608 (49,4 п.л.).