

*The paper is an attempt in conceptual analysis of the concept of the claim right. To what extent, if at all, a strictly Hohfeldian correlative conception of the pair claim right/duty is appropriate? Can one meaningfully call such a strictly Hohfeldian claim right a stricto sensu subjective right? These are the principle problems we are dealing with.*

*Keywords: claim rights; subjective right; legal duty; privilege (liberty right).*

Понятие «право на чужие действия» относится к ряду широко известных и часто употребляемых в теории частного права. При этом поразительно мало текстов посвящено непосредственно теоретическому анализу этой категории как в отечественной цивилистике, так и, что еще более парадоксально, в зарубежной доктрине. Причиной тому является, вероятнее всего, кажущаяся простота категории права на чужие действия, ее интуитивная очевидность и прозрачность. С этой точки зрения куда больший интерес способна вызвать и вызывает в науке частного права категория «право на собственное поведение», относительно которой в цивилистике всегда существовали постоянные дискуссии. В случае же с понятием права на чужие действия все на первый взгляд представляется более или менее ясным.

Если дать себе труд резюмировать некоторый общий итог представлений о понятии права на чужое поведение, которые существуют в рамках цивилистической догматики и одновременно получили признание в качестве доминирующих сегодня, то его (итог) можно свести примерно к нескольким основным элементам.

Основу догматической конструкции «права на чужие действия» составляет противопоставление права на чужое поведение праву на собственное поведение. Другими словами, смысл рассматриваемой категории существует лишь применительно к дихотомии, одним из двух элементов она и является. Это обстоятельство в свою очередь оказывает серьезное влияние на интерпретацию права на чужое поведение в одном важном аспекте.

Дихотомия собственное/чужое поведение предполагает наличие в содержании соответствующего права активного элемента, который реализуется самостоятельно управомоченным лицом. Только если в случае с правом на собственное поведение этот элемент самостоятельной активности управомоченного лица с очевидностью вытекает из содержания самого права (на *собственное* поведение), то в отношении права на чужое поведение такой элемент, отсылающий к собственной активности управомоченного лица, *prima facie* определить не представляется возможным.

С другой стороны, его признаки пусть и в «зашифрованном виде», но поддаются определению. В отечественной цивилистике и в иностранных частноправовых доктринах для обозначения понятия права на чужое поведение использу-

ются еще два широко известных термина: право требования и притязание. Оба термина как раз весьма хорошо фиксируют особенность права на чужое поведение, которая и поражает его известного рода амбивалентность, сложность его логического анализа. Дело в том, что и то, и другое понятия фиксируют этот самый активный компонент, акцентируют активность самого управомоченного, который имеет право *требовать*, *притязать* на поведение должника. Таким образом, несмотря на то, что содержанием права является необходимость совершения определенных действий и (или) воздержания от совершения определенных действий, оно не может быть охарактеризовано *исключительно* через обязанность должника.

Второй элемент догматической конструкции права на чужое поведение составляет принцип корреляции, соответствия между субъективными правами и юридическими обязанностями. Согласно этому принципу ни субъективное частное право, ни юридическая обязанность не могут существовать в отрыве друг от друга. Субъективное частное право существует только потому, что существует обязанность, его обеспечивающая, а содержание права соответственно определяется необходимостью совершения действий (бездействия), которые составляют содержание соответствующей юридической обязанности. Более того, по мнению авторитетных теоретиков, субъективное частное право может быть лишь искусственно выделено, абстрагировано для целей теоретического анализа, но не более того. Первичным типом социальной связи является именно правоотношение как единство взаимных прав и обязанностей, а не какой-то один из его элементов<sup>1</sup>.

Может возникнуть впечатление, что именно применительно к правам требования эта концепция соответствия прав обязанностям, а обязанностей правам довольно хорошо работает<sup>2</sup>. В самом деле, в данном случае содержанием права является необходимость совершения должником определенных действий (или воздержания от действий). Никакого иного элемента помимо необходимости выполнения обязанности в субъективном праве не содержится. Однако сразу же становится очевидным определенный парадокс: если вся основная нагрузка перенесена на поведение обязанного лица, в чем же заключается элемент управомоченности?

Опять-таки, цивилистическая и теоретико-правовая традиция использует для фиксации правового положения управомоченного также понятие «активный субъект», а для фиксации положения должника – «пассивный субъект». Для случаев управомоченного к самостоятельному поведению (субъективное право на собственное поведение) проблем с пониманием, в чем же заключается этот «активный» статус управомоченного, не возникает. Его активность непосредственно вытекает из содержания права на собственное поведение, которое ему предоставлено.

<sup>1</sup> Bierling E.R. Juristische Prinzipienlehre. Bd. I. J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1894. S. 183.

<sup>2</sup> Portmann W. Wesen und System der subjektiven Privatrechte. Schulthess, 1996. S. 32.

Гораздо сложнее обстоят дела со вторым элементом дихотомии – правом на чужое поведение. В рассматриваемом случае трудно сразу и однозначно определить, почему управомоченное лицо (предположим, кредитор в обязательстве) является активным субъектом. Ведь очевидно, что от активности именно кредитора, управомоченного лица, мало что зависит. Основная нагрузка перенесена на поведение и активность должника, лица обязанного. Его поведение обеспечивает реализацию интереса кредитора, и от его активности зависит реализация права кредитора. «Кредиторский элемент», активность управомоченного лица не добавляет в этот баланс ровным счетом ничего или добавляет крайне мало<sup>1</sup>.

Таким образом, можно констатировать некоторое напряжение между двумя основными «несущими элементами» догматической конструкции права на чужое поведение. С одной стороны, принцип корреляции, соответствия между субъективными частными правами и юридическими обязанностями диктует необходимость свести, редуцировать субъективное право к юридической обязанности применительно к правам на чужое поведение<sup>2</sup>. С другой стороны, дихотомия «права на собственное и чужое поведение» предполагает активность управомоченного и его определяющую роль в развитии соответствующего правоотношения, которая, однако, плохо монтируется с принципом корреляции.

Необходимо подчеркнуть, что именно права на чужое поведение представляют особый интерес с точки зрения того напряжения между активностью управомоченного и обязанного лиц, которое в данном случае приобретает выпуклый характер. В связи с этим имеется определенный смысл сделать попытку разобраться в этом вопросе. Предварительно представляется возможным наметить основные линии предстоящего анализа. В порядке первого приближения возможны два варианта.

Во-первых, можно пойти по пути частичной корректировки тезиса о корреляции, соответствии между субъективными частными правами и юридическими обязанностями. В таком случае необходимо определить те элементы права на чужое поведение, которые не охватываются необходимостью определенного поведения обязанного лица. Только в таком случае право и обязанность окажется возможным осмысленно отличать друг от друга даже на уровне аналитической операции. Такие попытки предпринимались в цивилистической доктрине, но каждая из них встречала серьезные возражения и порождала дискуссию. По этой причине представляется необходимым рассмотреть все указанные теоретические модели, а равно и критические замечания, высказанные против них.

Во-вторых, вероятно, можно, опираясь на безусловное принятие тезиса о корреляции между субъективными частными правами и юридическими обязанно-

<sup>1</sup> *Achterberg N. Die Rechtsordnung als Rechtsverhältnisordnung: Grundlegung der Rechtsverhältnistheorie. Duncker & Humblot, 1978. S. 31.*

<sup>2</sup> *Hart H.L.A. Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Philosophy. Oxford University Press, 1982. P. 177.*

стями, подвергнуть ревизии тезис о том, что субъективное частное право всегда предполагает активность самого управомоченного лица и что центр тяжести в конструкции субъективного частного права всегда смещен в пользу управомоченного и его автономного поведения. Такого рода теоретические модели по очевидным причинам труднее доказать, хотя и подобные теоретические конструкции получили определенное признание в цивилистической литературе. Теоретические построения этого типа вообще плохо известны в отечественной литературе и поэтому уже заслуживают теоретической реконструкции.

Вообще, как указывалось выше, юридико-логический анализ категории «право на чужое поведение» и парадоксы, связанные с ним, не стали до сих пор предметом пристального внимания и интереса отечественных цивилистов, что делает задачу привлечения интереса к этой проблеме актуальной и уместной.

В настоящей работе предпринимается попытка анализа первой возможности, т.е. ставится задача исследовать те аналитические модели и теоретические конструкции, которые выдвигались в цивилистической литературе в пользу частичной корректировки принципа корреляции (соответствия между субъективными частными правами и юридическими обязанностями).

Исходным тезисом моделей данной группы является волевая теория субъективного (частного) права. В соответствии с последней, как известно, субъективное частное право гарантирует и обеспечивает управомоченному сферу автономии, внутри которой только сам управомоченный вправе определять собственное поведение и – в той мере, в какой это необходимо для обеспечения сферы частной автономии, – поведение других лиц. Иными словами, конструкция субъективного частного права всегда предполагает четко очерченную сферу господства индивидуальной воли управомоченного, сферу его автономного самоопределения, в которой ему обеспечена высокая степень свободы выбора модели поведения. Важно отметить, что подобного рода понимание субъективного частного права уже в момент своего формирования не делало различий между разновидностями прав, например правами на собственное или на чужое поведение<sup>1</sup>. И в том, и в другом случае обладание субъектом (субъективным) правом предполагает закрепление исключительной сферы господства над определенным объектом<sup>2</sup>.

В таком случае даже применительно к правам на чужое поведение необходимо выделить в соответствующем субъективном частном праве такие элементы, которые можно было бы интерпретировать как проявления господства управомоченного над соответствующим объектом<sup>3</sup>. В цивилистической литературе выделялись три группы юридических возможностей, которые существуют у субъекта частного права на чужое поведение и которые можно было бы интерпрети-

<sup>1</sup> Savigny F.C. System des heutigen römischen Rechts. Bd. I. Veit, 1840. S. 57.

<sup>2</sup> Ibid. S. 333.

<sup>3</sup> Puchta G.F. Vorlesungen über das heutige römische Recht. Bd. II. Tauchnitz, 1855. S. 4.

ровать в качестве проявлений «господства воли» управомоченного. В настоящей статье будет проанализирована одна из этих групп. Две другие планируется подвергнуть специальному рассмотрению в рамках отдельных работ.

Прежде всего необходимо отметить, что от взора пронизательных исследователей не укрылось то обстоятельство, что права на чужое поведение отличаются от прав на собственное поведение. В.М. Хвостов отмечал в этой связи: «Характер господства здесь не тот, какой мы отметили для вещных прав. Господство кредитора не состоит в возможности равномерного и длительного воздействия на объект права, а выражается лишь в том, что должник находится как бы в состоянии связанности и рискует подвергнуться определенным имущественным последствиям, если не совершит надлежащим образом действия, составляющего предмет обязательств»<sup>1</sup>. При этом реализация этой «связанности» и «риска» зависит исключительно от инициативы и усмотрения кредитора.

Самым очевидным и безусловным кандидатом на проявление «автономной», «инициативной» природы права на чужое поведение является правомочие требовать от обязанного лица фактического осуществления им того типа поведения (действий или бездействия), который является объектом соответствующей юридической обязанности. В самом деле, само закрепление за определенным лицом юридической обязанности совершить определенные действия или воздержаться от их совершения в пользу определенного лица не означает, что обязанное поведение автоматически будет совершено. Ведь если кредитор не наделен правом требовать исполнения должником своей обязанности, то технически его трудно считать кредитором в собственном смысле слова по крайней мере по нескольким причинам.

Прежде всего на первый взгляд представляется, что поведение кредитора, его активность не имеет никакого юридического значения с точки зрения осуществления его права и исполнения обязанности. Все это целиком зависит от поведения должника. Ведь речь идет о праве на *чужое поведение*, т.е. на поведение должника. Соответственно, решающее значение имеет именно поведение должника, а кредитор остается пассивным реципиентом исполнения или, как часто в таких случаях говорят сторонники теории субъективного частного права как интереса, дестинатором, выгодоприобретателем исполнения<sup>2</sup>. Все это плохо согласуется с идущим от волевой теории субъективного частного права представлением об активном характере юридической позиции управомоченного лица в рамках соответствующего правоотношения.

В данном случае необходимо понимать следующее: сам факт того, что основная нагрузка в удовлетворении интереса кредитора ложится в случае с правами

<sup>1</sup> Хвостов В.М. Система римского права. М.: Спарк, 1996. С. 65.

<sup>2</sup> Jhering R. Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. Teil 3. Bd. I. Breitkopf und Härtel, 1865.

на чужое поведение не на самого кредитора, а осуществляется действием или бездействием должником, не способен ничего сказать о юридической природе того интереса, который удовлетворяется поведением должника. Важно то, как обязанность чужого поведения связана с возможностями кредитора своими действиями инициировать осуществление этой обязанности. Ведь мыслимы и весьма широко распространены в публичном праве ситуации, когда выгодоприобретатель обязанности определенного поведения вообще лишен возможности как-то повлиять на то, что обязанность в его пользу будет на практике реализована, поскольку реализация обязанности связывается не с требованием кредитора, а должна осуществляться автоматически при наступлении определенных юридических фактов, не предполагая согласия или даже минимальной активности со стороны самого выгодоприобретателя.

В случаях с субъективным правом на чужое поведение ситуация складывается совершенно иным образом. Как правило, без того, чтобы кредитор не потребовал исполнения обязанности, исполнение не производится. Существуют, конечно, ситуации, в которых должник вправе осуществить исполнение независимо от воли кредитора. Это имеет место, например, в случае исполнения денежного обязательства в безналичной форме. Аналогичная ситуация имеет место в случае с помещением предмета исполнения в депозит нотариуса или суда. Тем не менее в большинстве случаев исполнение должником своей обязанности требует некоторой формы активности, содействия со стороны кредитора.

Иными словами, необходимо четко различать две ситуации. В первой ситуации должник исполняет обязанность без оглядки на то лицо, в пользу которого исполнение осуществляется. Воля последнего вообще никак не участвует в процессе реализации его интереса (исполнения обязанности). Во второй ситуации обязанность осуществляется либо исключительно в связи с требованием кредитора (обязательства, определяемые моментом востребования), либо активность кредитора имеет решающее значение с точки зрения исполнения обязанности (необходимость содействия кредитора).

Даже если полагать, что в случае отказа кредитора обязанность в некоторых случаях можно исполнить помимо его воли, то это равным счетом ничего не меняет в положении самого управомоченного. Его право *не* принимать исполнение оказывается вполне реализованным, несмотря на то, что должник с точки зрения закона считается исполнившим свою обязанность. Уже это обстоятельство само по себе указывает, хотя и косвенно, на *неэквивалентность субъективного права и юридической обязанности* там, где они, казалось бы, по определению должны быть эквивалентны (права на чужое поведение).

Несмотря на то что рассматриваемая точка зрения может считаться господствующей, она натолкнулась на серьезные возражения со стороны части доктрины. Основной упрек состоит в том, что требование кредитором исполнения носит фактический, а не юридический характер, другими словами, не является



конститутивным моментом с точки зрения осуществления исполнения обязанности. Это лишь некоторое фактическое сообщение, носящее скорее информационный характер и не влияющее на юридическую судьбу ни права требования, ни юридической обязанности<sup>1</sup>.

Еще один аргумент тесно связан с предыдущим. Будучи сугубо фактическим обстоятельством, требование произвести исполнение не является производным от соответствующего субъективного права, а, скорее всего, вытекает из общей гражданской правоспособности субъектов частного права. В самом деле, ведь ничто не мешает требованию заявить не кредитору, а иному лицу. Поскольку речь идет о сугубо фактических действиях, которые никоим образом не связаны с субстратом обязанности, то и эффект этого сообщения будет одинаков независимо от того, осуществит его настоящий кредитор или любое иное лицо<sup>2</sup>.

С последним аргументом тесно связан еще один. В соответствии с ним не существует никакого запрета любому лицу, в том числе и неуправомоченному, требовать исполнения обязанности от должника. Для того чтобы стать исключительной прерогативой кредитора, правомочие требовать исполнения обязанности должно быть только у кредитора. Другими словами, совершение указанных действий должно быть нормой права дозволено исключительно кредитору и запрещено всем иным лицам. Только в таком случае можно обнаружить необходимую связь между обладанием субъективным частным правом на чужое поведение и правомочием требовать осуществления этого поведения. В ином случае такой необходимой связи не просматривается и правомочие требовать произвести исполнение логичнее рассматривать как связанное с общей гражданской правоспособностью<sup>3</sup>.

Приведенные аргументы – ни по отдельности, ни в совокупности – не способны, как представляется, служить убедительным опровержением наличия «активного» элемента в праве на чужое поведение. Прежде всего трудно согласиться с тем, что требование кредитора произвести исполнение обладает исключительно фактическим характером «сообщения», выполняя при этом лишь коммуникативную функцию и не обладая конститутивным значением с точки зрения динамики развития соответствующего правоотношения. Это просто неверно применительно к обязательствам, исполнение которых определяется моментом востребования. Кроме того, требование произвести исполнение прерывает течение срока исковой давности. И это обстоятельство уж точно трудно квалифицировать в качестве лишенного какого бы то ни было юридического значения «сообщения» кредитора (или иного лица) независимо от того типа относительного правоотношения, о котором идет речь.

---

<sup>1</sup> Schulev-Steindl E. Subjektive Rechte: Eine rechtstheoretische und dogmatische Analyse am Beispiel des Verwaltungsrechts. Springer, 2008. S. 24.

<sup>2</sup> Thon A. Rechtsnorm und subjektives Recht. Scientia, 1878. S. 224.

<sup>3</sup> Schulev-Steindl E. Op. cit. S. 25.

Как указывалось выше, существуют, безусловно, некоторые типы относительных обязанностей, исполнение которых теоретически и практически можно осуществить независимо от воли кредитора, а следовательно, не принимая во внимание активность последнего. В таком случае мы должны прийти к выводу, что существуют случаи, когда интерес управомоченного на чужое поведение реализуется исключительно посредством деятельности должника и не требует со стороны кредитора никакого участия. Однако даже если и допустить, что применительно к некоторым типам относительных правоотношений правомочие кредитора требовать исполнения юридически иррелевантно, то необходимо учитывать, что активность кредитора не исчерпывается лишь правомочием требовать исполнения. Как будет показано ниже, юридически активная позиция кредитора и его автономия в относительном правоотношении находит свое выражение в целом ряде правомочий, по крайней мере некоторые из которых должны принадлежать кредитору для того, чтобы его право могло быть квалифицировано в качестве субъективного частного права *stricto sensu*.

Кроме того, применительно к денежным обязательствам с уплатой долга в безналичной форме возможность должника исполнить свое обязательство вообще без содействия, проявления какой бы то ни было меры активности и инициативы со стороны кредитора определяется скорее техническими особенностями безналичных расчетов, а не существом права кредитора или корреспондирующей ему обязанности. Это подтверждается, среди прочего, уже тем, что ничто не может помешать кредитору, обнаружившему на своем счету перечисленную помимо его воли сумму денежных средств, произвести перевод этой суммы обратно. Опять-таки, перевод также произойдет в результате односторонних действий теперь уже со стороны кредитора. Тот факт, что в рассматриваемом случае и должник, и кредитор обладают фактической возможностью игнорировать волю своего контрагента, свидетельствует, что указанная возможность является результатом особенностей безналичных расчетов, а не вытекает с необходимостью из понятия права на чужое поведение и корреспондирующей ему обязанности.

Что касается возможности для должника освободиться от исполнения обязанности помещением предмета исполнения в депозит нотариуса или суда, если кредитор отказывается его принять, то само по себе наличие подобной возможности также не свидетельствует в пользу юридической иррелевантности поведения кредитора в соответствующих случаях. Совершение должником указанных действий *приравнивает* эти действия к исполнению в техническом смысле слова, которое подразумевает определенную степень активности и содействие со стороны кредитора. В данном случае в интересах должника установлено исключение из правила, которое позволяет защитить его интерес в отсутствии просрочки исполнения, поскольку риск просрочки резко возрастает в ситуации, когда кредитор отказывается принимать исполнение.

Кроме того, тот факт, что отсутствует санкция за непринятие исполнения со стороны кредитора, свидетельствует об отсутствии у кредитора обязанности



принять исполнение. Для того чтобы такого рода обязанность могла быть констатирована, необходимо предусмотреть неблагоприятные последствия, связанные с несоблюдением подобного рода обязанности. Это означает, что кредитора можно по решению суда заставить либо принудительно исполнить свою обязанность по принятию исполнения, либо уплатить штрафную санкцию за отказ от ее исполнения. О наличии подобного рода норм в какой-либо из известных частноправовых систем нам ничего не известно.

Да, формально текст закона может говорить об обязанности принять исполнение применительно, например, к договорам купли-продажи и подряда, но сложно себе представить принудительное осуществление обязанности кредитора принять исполнение, если он того не желает. Естественно, кредитор в этом случае должен будет возместить убытки должника, связанные с отказом от принятия исполнения, коли таковые возникнут. Но обязанность возмещения убытков является не санкцией за непринятие исполнения, а санкцией за причинение должнику имущественного ущерба кредитором. И уж тем более определенно нигде не предусматривается возможность уплаты штрафа за отказ принять исполнение.

Второе обстоятельство, на которое обращали внимание критики правомочия требовать исполнения, касается того, что указанное правомочие вытекает, вероятнее всего, из общей гражданской правоспособности, закрепленной за любым субъектом частного права, а не за субъектом конкретного приобретенного права на чужое поведение. Авторы, склонные занимать подобную точку зрения, рассуждают примерно следующим образом<sup>1</sup>: требование произвести исполнение, если его считать сугубо фактическим действием, носящим исключительно коммуникативную функцию, может быть с одинаковым эффектом произведено как управомоченным лицом, так и любым иным субъектом частного права. С сугубо фактической точки зрения эти действия, будут они совершены кредитором или третьим лицом, обладают одинаковым значением, точнее, *не обладают никаким*. Ведь интерес кредитора реализуется всецело активностью должника, нередко, как отмечалось неоднократно выше, и помимо воли кредитора. В таком случае чем правовое положение кредитора в рассматриваемом отношении отличается от правового положения третьего лица? Соответственно, возможность требовать исполнения не следует рассматривать в качестве производной от права кредитора, а имеет смысл трактовать в качестве элемента гражданской правоспособности любого субъекта частного права. При такой трактовке становится очевидным, почему теоретически любое третье лицо может «заявить» должнику о необходимости произвести исполнение в пользу кредитора.

Проблема анализируемой точки зрения состоит в том, что ее основой, как указывалось выше, является представление о сугубо фактическом характере возможности требовать исполнения. Только если речь идет о не обладающем пра-

---

<sup>1</sup> Schulev-Steindl E. Op. cit.

вовым значением «заявлении» о необходимости исполнить обязанность, кредитор и третье лицо, делающие подобные «заявления», могут рассматриваться как находящиеся в одинаковом положении. Как только оказывается, что с «заявлением» кредитора закон связывает наступление определенных юридических последствий, а с совершенно аналогичным по содержанию «заявлением» третьего лица – абсолютно никаких юридических последствий, ситуация радикально меняется. В таком случае более логичным представляется связывать возможность предъявления требования об исполнении с фактом обладания правом кредитора, а не с фактом обладания общей гражданской правоспособностью.

Вместе с тем, как отмечают критики правомочия требовать исполнения обязанности, закон ведь не запрещает никому, в том числе и третьим лицам, выступать с подобного рода «заявлениями» к должнику о необходимости исполнить обязанность кредитору. А если не существует общего запрета на совершение подобного рода «заявлений» третьими лицами, то правовую возможность требовать исполнения нельзя считать «исключительной», т.е. вытекающей только из факта обладания субъективным правом кредитора на чужое поведение.

Это очень интересный и глубокий аргумент. Основу его составляет совершенно корректное, полагаем, представление о том, что субъективное частное право должно в той или иной мере всегда обладать характером уникальной, «исключительной» правовой возможности<sup>1</sup>. «Исключительность» юридической возможности в данном случае понимается в том смысле, что ее носитель обладает тем, чем не обладают иные лица, ему можно то, чего нельзя больше никому. Соответственно, применительно к рассматриваемому нами случаю возможность делать «заявления» о необходимости исполнения обязанности не исключена ни для кого, значит, она не может обладать той степенью «исключительности», уникальности, которой должна обладать юридическая возможность, чтобы ее можно было трактовать в качестве субъективно-правовой.

Несмотря на крайне высокий теоретический уровень приведенной аргументации, с ней не представляется возможным согласиться. Основная ошибка в данном случае, как представляется, заключается в некорректной трактовке существа и функции запрета в частном праве. Взгляд, изложенный выше, исходит из имплицитной предпосылки, в соответствии с которой отсутствие запрета влечет отсутствие правового регулирования вообще и, как следствие, фактическую возможность поведения, которая правом не регулируется. Соответственно, незапрещенное поведение трактуется в качестве юридически irrelevantного. Этот взгляд ведет свою родословную от Августа Тона<sup>2</sup> и имеет в качестве авторитетнейшего сторонника Ганса Кельзена<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Третьяков С.В. О проблеме догматической квалификации правомочия распоряжения // Основные проблемы частного права: Сборник статей к юбилею А.Л. Маковского. М.: Статут, 2010. С. 56–115.

<sup>2</sup> Thon A. Op. cit. S. 225.

<sup>3</sup> Kelsen H. Reine Rechtslehre. Mohr Siebeck, 1934.

При первом приближении такого рода логика рассуждений может показаться вполне приемлемой. Действительно, право не может регулировать все, всегда существуют области, в которых либо вообще нет правового регулирования, либо оно носит пробельный характер. С другой стороны, «вестфальское» понимание государственного суверенитета предполагает, что право, не регулируя весь массив общественных отношений на определенной территории, тем не менее *может и вправе претендовать на то, что в принципе любой вопрос может стать предметом правового регулирования*, при условии его пространственной локализации в рамках территории соответствующего государства и соответствующей национальной правовой системы<sup>1</sup>. Это свойство национальных правовых систем «вестфальского типа» получило наименование всесторонности, всеобъемлющего характера последних<sup>2</sup>.

Соответственно, идея всесторонности может теоретически быть реализована двумя способами: либо при помощи принципа «все, что не запрещено законом, разрешено», либо при помощи обратной максимы «все, что прямо не разрешено законом, запрещено». Базовая идея, лежащая в основе как того, так и другого принципа, заключается в следующем: если не удастся действительно достигнуть идеала полноты и всеобщности правового регулирования, предполагающего, что в принципе юридическая система должна давать ответ на любой возникающий вопрос, то остается установить некоторый общий принцип, в соответствии с которым будут разрешаться случаи, когда непосредственного регулирования правовая система не содержит. Учитывая, что право содержит всего несколько инструментов, при помощи которых можно регулировать поведение субъектов, прежде всего обязанности, запреты и дозволения<sup>3</sup>, для решения проблемы пробелов достаточно лишь установить презумпцию в пользу обязанности (соответственно запрета) либо в пользу дозволения. Поэтому чтобы решить проблему пробелов и обеспечить полноту и всеобщность регулирования «вестфальского типа», нужно лишь установить презумпцию в пользу наличия регулирования (т.е. обязанностей и запретов) либо в пользу отсутствия регулирования (т.е. в пользу дозволений)<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Schultz T. Transnational Legality. Oxford University Press, 2014. Ch. 4.

<sup>2</sup> Ibid. Ch. 4.1.

<sup>3</sup> Вопрос о том, идет ли речь о трех основных инструментах регулирования (запрет, обязанность и дозволение), о двух (запрет и обязанность или запрет и дозволение) или одном (обязанность), составляет предмет большой и длительной дискуссии. См., например: *Thon A.* Op. cit.; *Kelsen H.* Op. cit.; *Bucher E.* Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis. J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1965; *Алексеев С.С.* Общие дозволения и общие запреты в советском праве. М.: Юрид. лит., 1989; *Ем В.С.* Категория обязанности в советском гражданском праве (вопросы теории): Дис. ... канд. юрид. наук. М., 1981; *Сорокин В.Д.* Метод правового регулирования. Теоретические проблемы. М.: Юрид. лит., 1976.

<sup>4</sup> Строго говоря, дозволения могут быть двух типов: дозволение, вытекающее из факта отсутствия запрета или обязанности, и дозволение, которым правовая система специально наделяет определенного субъекта. В данном случае речь идет о дозволении первого типа.