

Секундарные права и судебное решение

При рассмотрении решения суда с точки зрения защиты субъективного права отдельного внимания заслуживает изучение вопроса об особых преобразовательных (правообразовательных) правах лица, получивших в научной литературе наименование «секундарные». Реализация такого права в виде наступления правовых последствий в результате право/преобразования требует вынесения особого — конститутивного судебного решения. Так, по мнению Э. Зеккеля, «секундарное право — право достичь наступления правового эффекта посредством одностороннего волеизъявления. В случаях, когда одного волеизъявления как юридического факта недостаточно, должен иметь место дополняющий юридический факт, в особенности государственный акт, например, вступившее в силу решение суда»¹. Ученый называет это «преобразованием права в силу двойного юридического состава» — ситуации, когда «для осуществимости (пре)образования права недостаточно одной частноправовой сделки, ее значение сводится лишь к элементу юридического состава... Сделка должна быть дополнена государственным актом, в частности, вступившим в законную силу преобразовательным (конститутивным) судебным решением. Дополняющий государственный акт также является простым элементом юридического состава; только сочетание сделки по осуществлению секундарного права и государственного конститутивного акта приводит к (пре)образованию права»².

Выстраиваемая Э. Зеккелем логика, объясняющая существование и действие секундарных прав, оказалась очень привлекательной для отечественной юридической науки³. Теория секундарных прав нашла развитие в ра-

¹ Зеккель Э. Секундарные права в гражданском праве // Вестник гражданского права. Том 7. 2007. № 2. С. 236.

² Там же. С. 239.

³ Достаточно указать на введенную работами Штайна, Гельвига, Шругке-Рехтенштамма в отношении конститутивных судебных решений терминологию «правообразовательные судебные решения» или — «преобразовательные судебные решения», по уточнению Э. Зеккеля («Gestaltungsurteile») — см: Зеккель Э.

ботах А. Э. Вормса, М. М. Агаркова, О. С. Иоффе, С. Н. Братуся, А. Г. Певзнера, С. С. Алексеева, В. И. Серебровского, Е. М. Денисевича, М. И. Брагинского, В. В. Витрянского, К. И. Скловского и других ученых. Заметим, однако, что восприятие секундарных прав в отечественной цивилистике существенно отличалось от их понимания в германской. Причин тому несколько. Прежде всего — это (1) доктринальная обусловленность возникновения такой правовой категории, а также (2) постепенное обособление процессуальных начал, закончившееся в настоящее время достаточно четким разграничением материального и процессуального права.

(1). Выделение в самостоятельную правовую конструкцию категории «секундарных прав» было обусловлено разграничением господства воли управомоченного лица (над объектом, лицом, вещью) и возможности требовать в одностороннем порядке создать, прекратить или изменить — преобразовать правоотношение. Указанные обстоятельства стали предпосылкой формирования секундарного права как правовой категории субъективного (частного) права, средством осуществления которого является волеизъявление, предметом — подлежащее (пре)образованию правоотношение⁴.

(2). По мнению С. В. Третьякова, «предпосылкой формирования конструкции секундарных прав явилось последовательное разграничение частного права и процесса и освобождение материально-правовых понятий от процессуальных элементов, которые в них имелись в связи с общим римским происхождением»⁵. Вместе с этим заметим, что судебному решению в «двойном

Указ. соч. С. 210), воспринятую впоследствии М. А. Гурвичем и поддерживаемую многими до настоящего времени.

⁴ Зеккель Э. Секундарные права... С. 215. Специфика секундарного права позволяет, его особое место в системе субъективного гражданского права послужила основанием для утверждения о том, что «секундарное право вообще не имеет никакого самостоятельного содержания, а являясь лишь «производным» образованием, признанным вызвать возникновение... и прекращение иных, самостоятельных прав» (Эртманн П. О структуре субъективных гражданских прав // Вестник гражданского права. Том 7. 2007. № 3. С. 240; см. также: Третьяков С.В. Некоторые аспекты формирования основных теоретических моделей структуры субъективного частного права // Вестник гражданского права. Том 7. 2007. № 3. С. 247, 253 — 260).

⁵ 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. Том 7. 2007. № 2. С. 253. С. В. Третьяков, ссылаясь на работу Б. Виндшайда, объясняет это особой ролью преторов в римском праве, предоставление судебной защиты которыми порождало право. Претор мог создавать средства защиты, даже не предусмотренные *jus civile* — материально-

юридическом составе» Э. Зеккеля отводится особая, дополняющая по отношению к основному праву, роль: в случаях, «когда одного волеизъявления как юридического факта недостаточно, должен иметь место дополняющий юридический факт, в особенности государственный акт, например, вступившее в силу решение суда»⁶. Такое понимание вполне приемлемо в ситуации, когда выделение процессуального права еще не завершено. Историческая уместность таких юридических конструкций послужила причиной высказываниям Э. Зеккеля о том, что, когда (пре)образование права связано с судебным решением, почти бесспорным является только то, что оспаривание брака, брачного происхождения и признания брачного происхождения являются *частноправовой сделкой* (курсив — С.Х.), даже если оспаривание совершается путем предъявления иска»⁷. По мнению ученого, иск обладает не только процессуальным, но и гражданско-правовым значением, имеет характер гражданско-правового акта, который и является причиной изменения права. Отсюда и соответствующее толкование преобразовательных (конститутивных) решений суда в качестве особых судебных решений, которые образуют конкретное материальное правоотношение и непосредственно создают частноправовой эффект: преобразовательное решение — это «исполняющее само себя судебное решение»⁸.

правовая норма являлась результатом процесса, а не его предпосылкой. Существующим правовым системам характерно иное соотношение материального права и процесса, «поскольку материально-правовое предписание не создается судебной системой, а существует вне и до процесса как предпосылка возможной судебной защиты». Поэтому, как верно отмечает С. В. Третьяков, «для современной правовой системы, напротив, характерен приоритет материального права, существование которого является условием его судебной защиты» (там же. С. 253—254).

⁶ Зеккель Э. Секундарные права... С. 236. Заметим, что «дополняющий» юридический факт в виде вступившего в законную силу судебного решения не означает нивелирования юридического значения самой сделки как первоосновы: «материальная юридическая сделка, которая служит осуществлению материального секундарного права, не исчезает и там, где она сопряжена с предъявлением иска или должна быть сопряжена, а также там, где она, казалось бы, скрывается за предъявлением иска или преобразовательным судебным решением»; «судебное решение при дополнении частного акта никогда не занимает его место, а, более того, сливается с ним в *частноправовой двойной состав* (курсив — С.Х.)» (Зеккель Э. Секундарные права... С. 237, 241).

⁷ Зеккель Э. Секундарные права... С. 239. Более того, Э. Зеккель, утверждая, что преобразование прав связано только лишь с одним преобразовательным (конститутивным) решением суда, подвергает критике мнения оппонентов, которые считают решение суда единственной причиной, «решающим», «существенным, движущим фактом» (Зеккель Э. Секундарные права... С. 240).

⁸ Зеккель Э. Секундарные права... С. 240

Указанная «неразделенность» материального и процессуального начал (*actio* от *jus civile*) послужила причиной и основанием для утверждений о преобразующей роли судебного решения. Однако, признавая двойной юридический состав, в котором решение суда является актом процессуальной формализации частноправовой сделки, аналитическая скрупулезность германской цивилистики не могла быть удовлетворена только констатацией существования такого сложного юридического состава — требовалось также точно определить значение и роль каждого из элементов состава (сделки и решения суда), а также их влияние на правоотношение. Результатом этого явилось множество казуистических объяснений, порой не имеющих бесспорного и ясного решения⁹.

В случае принятия двойного юридического состава следует признать, что уполномоченное лицо обладает двумя *разными* группами прав — вторичным правом и правом на преобразовательный государственный акт. При этом суд выносит решение не в целях обеспечения защиты нарушенного или оспоренного права: решение суда *дополняет* субъективное право лица, т.е. по сути выступает самостоятельным правовым элементом частного гражданского права. Здесь право на обращение в суд рассматривается как «право искать преобразование»; при этом «право на преобразование (преобразовательное решение о расторжении брака) относится исключительно к процессуальному праву; право на осуществление права на преобразование относится

⁹ Сделка, — пишет Э. Зеккель, — осуществляет вторичное право не полностью. Со вступлением в законную силу преобразовательного решения суда «неопределенный эффект осуществления вторичного права превращается в определенный (окончательный)», при этом государственный акт в соединении с правопреемствующим частноправовым актом «является актом правообразования, но не является ... *действием по исполнению судебного решения* (курсив — С.Х)»; конститутивному решению придается не только значение акта преобразования, но и значение акта о признании, такое решение «признает на будущее, что вторичное право истца существовало по отношению к ответчику ко времени завершения последнего действия...». В итоге немецкий цивилист вынужден привести обнаруженный им целый ряд случаев «вынесения (изначально) безрезультатных (выделено — Э. З.) преобразовательных (конститутивных) судебных решений»: если подлежащее преобразованию правоотношение не существовало или прекратило свое существование к моменту вынесения решения судом либо вторичное право прекратилось вследствие отказа или достижения цели, либо в случае смерти одного из супругов до вступления в законную силу решения о расторжении брака и др. случаи. В целях разрешения подобных ситуаций предлагается требовать в судебном порядке признания вторичного права прекращенным с момента совершения последнего фактического действия или ничтожности его осуществления посредством подачи позитивного или негативного иска о признании. Такие процедуры, по словам Э. Зеккеля, не позволяют государственному органу стать объектом насмешек в связи с вынесением бессмысленного и неисполнимого преобразовательного (конститутивного) решения (С. 242—244, 247—248).

прежде всего к частному праву»¹⁰. Поэтому цель преобразовательного (конститутивного) решения «состоит не в удовлетворении частноправового требования, а в дополнении нуждающегося в дополнении частноправового состава»¹¹. Подобная «ущербность» частноправового элемента, обусловленная отсутствующим в то время четким размежеванием материального права и процесса, вряд ли представляется уместной с точки зрения современного учения о субъективном праве в действующем ныне правопорядке.

В отечественной правовой науке концепция секундарных прав получила иное развитие. С одной стороны, процессуалистами, а позднее и цивилистами была воспринята идея конститутивных (преобразовательных) судебных решений, которая основывалась на признании существования отдельных секундарных прав — правосозидающих, правоизменяющих и правопрекращающих (правоуничтожающих). С другой стороны, положения германской цивилистики, послужившие основанием этой идеи — учение о секундарных правах — приобрели решительно иное содержание и понимание. Для немецкой доктрины секундарные права — это субъективные права, которые обеспечивают возникновение, изменение, т.е. преобразование других основных (первичных) субъективных прав¹². В отечественной теории значительное внимание было уделено лишь некоторым признакам этого права, в частности,

¹⁰ Например, право на признание ребенка законнорожденным, право на расторжение брака (Зеккель Э. Секундарные права... С. 249).

¹¹ Зеккель Э. Секундарные права... С. 249.

¹² Особенности терминологической стороны восприятия отечественной наукой доктрины секундарных прав подробно рассматривает С. В. Третьяков. Он, в частности, указывает, что используемый Э. Зеккелем термин «Gestaltungsrechte» и буквально означающий «правообразовательное», «правообразующее», «конститутивное» право, в нашей процессуальной науке имеет традицию перевода как «конститутивное (преобразовательное) судебное решение» (М. А. Гурвич). В дальнейшем в немецкой доктрине права были выявлены другие близкие «Gestaltungsrechte» правовые институты, которые в своем единстве, включающем также указанное «Gestaltungsrechte», получили наименование более общей категории правовых возможностей: «Secundare Rechte» («секундарные права» — R. Steiner) или «Rechte des rechtlichen Koennens» («права юридической возможности — W. Portmann»). Тонкости особенностей правовых конструкций немецкой цивилистики не получили должного отражения в отечественной правовой науке (в том числе в силу большей терминологической разработанности цивилистического категориального аппарата германоязычной юриспруденции, а также отсутствие аналогичных правовых институтов в российской юридической науке), но обрели «свое» не связанное с первоначальными корнями содержание и развитие. Представляются актуальными высказанные С. В. Третьяковым замечания об активном использовании в ряде работ заимствованных правовых конструкций, которые без сравнительно-правового и догматического исследования приводят к выполнению ими «эстетических» функций в чужеродной правовой среде (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. Том 7. 2007. № 2. С. 253—270).

тому обстоятельству, что секундарным правам не противостоит обязанность (всего лишь одно из проявлений секундарного права — с точки зрения немецкой цивилистики). Поэтому секундарное правоотношение (в российской теории права) характеризуется возможностью удовлетворить интерес собственными юридическими действиями и противостоящей такой возможности **связанности** пассивного типа¹³. А. Б. Бабаев включает секундарное право в группу относительных прав наряду с правом требования и рассматривает его как «субъективное гражданское право, поскольку управомоченному субъекту принадлежит исключительная возможность удовлетворить свой интерес, которая может служить предметом судебной защиты и способна к передаче в порядке универсального правопреемства»¹⁴. Очевидно, что секундарные права рассматриваются здесь совершенно иначе, нежели чем в источниках своего возникновения.

Определение секундарного права как возможности совершать определенные, юридически значимые, действия обеспеченной необходимостью

¹³ По мнению А. Б. Бабаева, впервые на концепцию секундарных прав Э. Зеккеля в русской научной литературе обратил внимание А. Э. Вормс, который говорит о них как о «вспомогательных правах», характеризующихся тем, что такими правами предоставляется правомочие односторонним юридическим действием изменять юридическое положение другого субъекта. Как видно, это наиболее близкое к немецкой теории понимание секундарных прав (Вормс А. Вексельные бланки / Сборник статей по гражданскому и торговому праву. Памяти профессора Габриэля Феликсовича Шершеневича. М., 2005. С. 604). В работах М. М. Агаркова секундарные права уже рассматриваются не как субъективные гражданские права, а как проявление «динамической правоспособности» (Агарков М.М. Обязательства по советскому гражданскому праву. М., 2002. С. 281) Противоположного мнения придерживался С. Н. Братусь, полагавший, что секундарные права относятся к субъективным. Были и принципиальные противники концепции секундарных прав. О. С. Иоффе, Р. О. Халфина полагали, что в нашем праве нет оснований для выделения особой группы секундарных прав в качестве самостоятельных субъективных прав (см: Бабаев А. Б. Секундарные права / Гражданское право: актуальные проблемы теории и практики (Очерк 19) / Под общ. ред. В.А. Белова. М., 2007. С. 759—806). С. С. Алексеев в рамках правомочий на собственные действия, входящих в структуру субъективного права, выделяет секундарные, которые включает в состав правоотношений активного типа, имеющих дополнительный, вторичный характер. Такой вид правомочий на активные действия «в отличие от правообразовательных правомочий, вытекающих из административной и процессуальной правосубъектности... существуют в рамках конкретных правоотношений, и для их возникновения необходимы дополнительные юридические факты. Обычно эти правомочия входят в состав основных правоотношений в качестве вторичных элементов» (Алексеев С.С. Общая теория права. В двух томах. Т. II. М., 1982. С. 122). См. также: Кузнецова Л.В. Преимущественное право: понятие и правовая природа // Журнал российского права. 2004. № 10. С. 46—54; Орешин Е.И. Правовая природа полномочия представителя // Журнал российского права. 2007. № 2. С. 113—121).

¹⁴ Бабаев А.Б. Проблемы секундарных прав в российской цивилистике. Автореф. дисс.... канд. юр. наук. М., 2006. С. 5. М. И. Брагинский на примере конструкции договора в пользу третьего лица говорит о секундарном праве как «праве на право» (Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая: Общие положения. М., 2005. С. 366). Восприятие секундарного права как вспомогательного права (В. А. Белов) позволяет говорить даже об уступке секундарных прав, которая означает «уступку возможности возникновения субъективных прав» (Белов В.А. Сингулярное правопреемство в обязательстве. М., 2007. С.)

претерпевания таких действий другими лицами¹⁵ либо как особого секундарного правомочия, которое «стоит между правоспособностью и субъективным правом» («уже не ноль, но еще не единица»¹⁶) не раскрывает существа вопроса и, в конечном счете, может стать основанием для небезосновательных высказываний о нецелесообразности выделения и рассмотрения секундарного права как самостоятельного правового института¹⁷.

Преобразовательное судебное решение («окончательное преобразовательное судебное решение» — Э. Зеккель) не выступает самостоятельным основанием возникновения материальных правовых последствий, но является лишь одним из способов достижения цели секундарного права — (пре)образования права¹⁸.

Наличие секундарных прав (правомочия на изменение, возникновение или прекращение правоотношения), а также дополняющая роль судебного решения, послужившие одной из причин возникновения в отечественной науке заимствованной концепции преобразовательных (конститутивных) решений суда, не являлись для ее основоположников причиной рассмотрения решения суда в качестве основания возникновения субъективных гражданских прав и обязанностей: «Некоторые секундарные права могут возникать только на основании сделки, некоторые возникают только *ex lege*, другие — как на основании сделки, так и в силу закона»¹⁹. Единственным основанием по-прежнему остается закон и, косвенным образом, — соответствующие действия на нем основанные.

¹⁵ Бабаев А. Б. Секундарные права... С. 773.

¹⁶ Богатырев Ф.О. Секундарное право на примере постановления Президиума Верховного Суда России // Журнал российского права. 2005. № 2. С. 70.

¹⁷ Не удивительно, что простое заимствование институтов другого правопорядка, должным образом не обоснованное догмой права приводит порой к предложениям (заметим, не поддерживаемым нами) применить к концепции секундарных прав «бритву Оккама» — отказаться от нее (Захаров Ю., Фогельсон Ю. Право требования кредитора в договорах в пользу третьего лица // Хозяйство и право. 2003. № 10. С. 109—110).

¹⁸ Сюда, по мнению Э. Зеккеля, относятся расторжение брака и прекращение супружеской имущественной общности, заявление о лишении права наследства, восстановление дееспособности и другие случаи (Зеккель Э. Секундарные права... С. 232).

¹⁹ Зеккель Э. Секундарные права... С. 218.

В целом соглашаясь с позицией Э. Зеккеля о том, что секундарное право следует определить как субъективное частное право, *содержанием которого является возможность установить (преобразовать) конкретное юридическое отношение* (курсив — С.Х.), а решение — лишь обеспечивает «наступление правового эффекта» волеизъявления лица²⁰, уточним содержание такого «эффекта». Если для цитируемого выше ученого судебное решение выступает элементом частноправовой конструкции и в этом смысле ее дополняет, то в современном правопрядке судебный акт имеет собственное место, определенное целью вынесения судебного акта, в рамках которой решаются соответствующие процессуальные задачи — обеспечение защиты прав и законных интересов. Именно субъективное право лица содержит в себе элемент преобразования, а не решение суда. Последнее в соответствии с конкретными интересами лица приводит в действие, реализует заложенную в преобразовательном (частном) праве волю его и законодателя. Средством преобразования выступает волеизъявление уполномоченного лица, а не судьи. Судебное решение выступает инструментом, *обеспечивающим* такое преобразование. При этом сам судебный акт не преобразовывает существующее правоотношение. В этом мы согласны с замечаниями А. Э. Вормса о том, что к секундарным правам вряд ли можно отнести правомочия, которые «осуществляются не путем одностороннего юридического действия, а путем иска или вообще процессуального действия»²¹.

Признание за решением суда (право)преобразовательного значения по сути означает, что решение суда является частью гражданско-правовой конструкции *материального* права — дополняющим (уточняющим) и заключительным элементом сложного юридического состава *материального правоотношения*. Думается, это не в полной мере соответствует месту и роли судебного решения в современной правовой системе с существующим четким разделением материального и процессуального начал, где акт суда выносится

²⁰ Зеккель С. 211

²¹ Вормс А. Вексельные бланки / Сборник статей по гражданскому и торговому праву. Памяти профессора Габриэля Феликсовича Шершеневича. М., 2005. С. 605.

в целях обеспечения и защиты прав и законных интересов, а не дополнения материальных (частно-правовых) отношений сторон. Решение суда, бесспорно, оказывает воздействие на структуру и динамику общественных отношений (С. К. Загайнова²², М. А. Рожкова²³), но не как особый юридический факт, а как результат действия законной силы судебного решения. Субъективное гражданское право реализуется в рамках сложившихся и существующих правоотношений. Судебное решение признает (санкционирует) существующее общественное отношение (содержанием которого выступают действительные права и обязанности сторон), придавая ему статус бесспорного.

Как было показано ранее, в основу разделения судебных решений на правосозидательные, правоизменяющие и правопрекращающие была положена идея существования аналогичных по наименованию вторичных (субъективных) прав. Однако, в отступление от первоначального смысла научной концепции вторичных прав, акцент непосредственного действия таких прав — преобразование — был смещен с соответствующего правомочия лица и рассмотрен как полномочие суда. Таким образом суд стал участником спорных материальных правоотношений, а судебное решение — элементом материального правоотношения, что вряд ли можно считать верным с точки зрения современной теории права. Роль суда и место судебного решения иные: суд реализует преобразовательное право уполномоченного лица посредством его исполнения через признание права и вынесения соответствующего решения. Другими словами, решение суда о признании права (на преобразование) является исполнением законного требования уполномоченного лица, содержащегося в его исковом заявлении и санкционируемого государством, т.е. инструментом осуществления преобразовательного права. Поэтому, реализуя судебную защиту субъективного гражданского права, судебный акт не приобретает значения некоего конституирующего элемента

²² Загайнова С.К. Судебные акты в механизме реализации судебной власти в гражданском и арбитражном процессе / С.К. Загайнова. М., 2007. С. 163–164.

²³ Рожкова М.А. Судебный акт и динамика обязательств. М., 2003.

гражданского (материального) правоотношения, но остается актом правоприменения²⁴.

Суд не может отказать в исполнении законного требования истца и в удовлетворении иска. В предлагаемом понимании целью решения является защита преобразовательных прав уполномоченного лица; задачей — исполнение требования истца, т.е. признание (в случае его обоснованности и законности) такого права.

В литературе справедливо было замечено, что понятие «субъективное право» должно включать в себя указание на то, что оно «основано на нормах объективного права»²⁵. В этом смысле возможность обращения в суд для вынесения решения можно рассматривать как правовую гарантию реализации предоставленного законом права на изменение и прекращение правоотношения, где исковое заявление и решение суда являются средством и инструментом, обеспечивающими указанные преобразования.

²⁴ На правоприменительный характер решений судов общей юрисдикции неоднократно указывалось в актах КС РФ («судебные и иные правоприменительные решения», «правоприменительные решения, включая судебные» и т.п.) — см.: Постановление Конституционного Суда РФ от 24.05.2007 г. № 7-П «По делу о проверке конституционности абзаца четвертого части двенадцатой статьи 230 Трудового кодекса Российской Федерации по запросу Ухтинского городского суда Республики Коми» // Собрание законодательства РФ. 2007. № 23. Ст. 2829; Определение Конституционного Суда РФ от 17.07.2007 г. № 504-О-О; Определение Конституционного Суда РФ от 04.06.2007 г. № 384-О-О; Определение Конституционного Суда РФ от 03.04.2007 г. № 171-О-П; Определение Конституционного Суда РФ от 20.03.2007 г. № 214-О-О и др.

²⁵ Мельников А.А. Советский гражданский процессуальный закон. Вопросы теории гражданского процессуального права. М., 1973. С. 96.