

*На правах рукописи*

**МИЛЬКОВ  
АЛЕКСАНДР ВАСИЛЬЕВИЧ**

**ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ЗАЩИТЫ ГРАЖДАНСКИХ ПРАВ  
И ПРАВОВЫХ ИНТЕРЕСОВ**

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

*Автореферат  
диссертации на соискание ученой степени  
доктора юридических наук*

Москва – 2015

Работа выполнена на кафедре гражданского права в Федеральном государственном бюджетном образовательном учреждении высшего образования «Российский государственный университет правосудия»

Научный консультант	доктор юридических наук, профессор <b>Кулаков Владимир Викторович</b>
Официальные оппоненты	<b>Могилевский Станислав Дмитриевич</b> доктор юридических наук, профессор декан юридического факультета имени М.М.Сперанского ФГБОУ ВПО «Российская академия народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации»  <b>Рыбкина Марина Владимировна</b> доктор юридических наук, профессор директор Юридического института НОУ ВПО «Санкт-Петербургский университет управления и экономики»  <b>Сумской Дмитрий Александрович</b> доктор юридических наук, профессор профессор кафедры гражданского права и процесса ФГАОУВПО «Северо-Кавказский федеральный университет»
Ведущая организация	<b>ФГБОУ ВПО «Московский государственный юридический университет имени О.Е.Кутафина (МГЮА)»</b>

Защита состоится 16 июня 2015 года в 12.00 часов на заседании диссертационного совета Д 170.003.02, созданного на базе Федерального государственного бюджетного образовательного учреждения высшего образования «Российский государственный университет правосудия» по адресу: 117418, г. Москва, ул. Новочеремушкинская, д. 69, ауд. 910.

С диссертацией можно ознакомиться в библиотеке и на сайте Федерального государственного бюджетного образовательного учреждения высшего образования «Российский государственный университет правосудия».

Диссертация и автореферат размещены на официальном сайте Федерального государственного бюджетного образовательного учреждения высшего образования «Российский государственный университет правосудия» по адресу: [www.rgur.ru](http://www.rgur.ru)

Автореферат разослан « \_\_\_ » \_\_\_\_\_ 2015 г.

Ученый секретарь диссертационного совета

С.П.Ломтев

## ОБЩАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА РАБОТЫ

**Актуальность темы исследования.** Защита гражданских прав является важнейшим приоритетом любого правопорядка. В истоках зарождения гражданского права и судопроизводства (как и права в целом) лежит общесоциальная потребность обеспечить сохранение социума, что возможно только при отсутствии активного противостояния (противоречий, конфликтов) между его членами. Противостояние членов социума в сфере гражданского права возникает в случае нарушения их прав и правовых интересов либо возникновения угрозы такого нарушения. В связи с данным обстоятельством одной из главнейших задач гражданско-правового регулирования является обеспечение защиты признаваемых обществом интересов субъектов гражданского права, а задачей цивилистической науки – формирование учения о защите таких интересов.

Экономические, политические и правовые реформы конца 80-х – начала 90-х годов прошлого века привели к созданию нового российского государства, поставившего целью прогрессивное правовое развитие. Такая цель повлекла переосмысление государственных функций и ориентиров по всем направлениям деятельности, а также утверждение новых правовых идеалов, наиболее значительным из которых является защита прав и свобод человека и гражданина.

Конституция Российской Федерации зафиксировала возможность защищать гражданские права всеми способами, не запрещенными законом, а также гарантировала судебную защиту прав каждому субъекту. Гражданский кодекс Российской Федерации впервые в российской истории закрепил принцип обеспечения восстановления нарушенных прав, их судебной защиты в качестве одного из основных начал гражданского законодательства. Это законодательное решение свидетельствует о признании значимости данного принципа для дальнейшего реформирования правовой системы России и для упрочения стабильности гражданского оборота. Оно не только указывает на социальное и экономическое значение проблемы защиты гражданских прав, но и актуализирует ее научно-теоретическую разработку.

Общепризнано, что создание и упрочение гражданского общества и правового государства должно базироваться на эффективном правовом регулировании защиты субъективных гражданских прав и правовых интересов. Оно представляет собой охранительную подсистему гражданско-правового регулирования. Между тем общепризнанное понимание данной подсистемы в отечественной цивилистике не выработано, поскольку ее разработка с позиций системного подхода не проводилась. Дискуссионными являются вопросы как о понятии указанной подсистемы, так и о ее составе и структуре.

В связи с этим дальнейшее развитие представлений об охранительной подсистеме гражданско-правового регулирования настоятельно требует формирования частной научной теории защиты в гражданском праве, в основе построения которой лежит принцип расчленения предмета гражданского права по критерию его характеристики с точки зрения развития отношений, входящих в сферу гражданско-правового регулирования, либо в нормальном, либо в конфликтном русле, т.е. на отношения, требующие защиты, и отношения, защиты не требующие. Формирование такой теории должно основываться на прочном методологическом фундаменте, который в настоящее время отсутствует, поскольку доктрина до сего времени не определилась в вопросе: какая более крупная частная научная теория должна его составить? Отсутствие решения по данному вопросу тормозит развитие научных представлений о гражданско-правовой защите и создает проблемы в правоприменительной практике.

Можно констатировать, что на сегодняшний день понимание охранительного правового регулирования в гражданском праве, а также форм его функционирования представляет научную проблему. Иными словами, в отечественной цивилистике отсутствует цельная и непротиворечивая теория защиты гражданских прав и является неразрешенным вопрос, на базе какого методологического подхода возможно осуществить ее разработку.

**Степень разработанности темы.** В отечественной гражданско-правовой науке проблеме защиты гражданских прав наибольшее внимание уделили такие ученые, как С.Н. Братусь при исследовании проблем гражданско-правовой ответственности, В.П. Грибанов при исследовании пределов осуществления и защиты гражданских прав, В.В. Витрянский при исследовании проблем судебной защиты гражданских прав участников имущественного оборота, Т.И. Илларионова при исследовании охранительных мер в гражданском праве, Г.Я. Стоякин при исследовании гражданско-правовых мер защиты, а также целый ряд цивилистов, изучающих защиту гражданских прав на базе теории охранительных правоотношений: П.Ф. Елисейкин, Е.А. Крашенинников, Е.Я. Мотовиловкер, В.Ф. Яковлев и др.

**Теоретическую базу исследования** составили работы таких правоведов, как М.М. Агарков, Н.Г. Александров, С.С. Алексеев, Ю.Г. Басин, С.Н. Братусь, В.В. Бутнев, Е.В. Вавилин, А.П. Вершинин, Н.В. Витрук, В.В. Витрянский, В. П. Грибанов, Д. Д. Grimm, М. А. Гурвич, А. Г. Диденко, П. Ф. Елисейкин, В.В. Ершов, Т.И. Илларионова, О.С. Иоффе, Е.А. Крашенинников, О.Э. Лейст, Н.С. Малеин, С.Д. Могилевский, Е.Я. Мотовиловкер, С.А. Муромцев, И.Б. Новицкий, И.А. Покровский, В.Н. Протасов, Б.И. Пугинский, Е.Е. Рязанов, М.В. Рыбкина, В.Л. Слесарев, Г.Я. Стоякин, Э.Л. Страунинг, М.К. Сулейменов, Д.А. Сумской, В.М. Сырых, Н.Н. Тарасов, В.А. Тархов, Р.О. Халфина, В.А. Хохлов, Б.Б. Черепяхин, Г.Ф. Шершеневич, В.Н. Щеглов, В.Ф. Яковлев.

**Эмпирическую базу исследования** составили нормативные правовые акты Российской Федерации (36); акты Конституционного Суда РФ (13); акты арбитражных судов и судов общей юрисдикции: постановления Пленумов Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ (2), определение Верховного Суда РФ (1), определения Высшего Арбитражного Суда РФ (2), определения верховных судов республик (3), определение областного суда (1), определение суда автономного округа (1), постановления федеральных окружных арбитражных судов (72), постановления арбитражных апелляционных судов (37), постановления городских судов (2), определения краевых, городских судов (4), решения краевых, областных судов (4).

**Объектом диссертационного исследования** являются урегулированные гражданско-правовыми нормами отношения, в которых реализация субъективных гражданских прав и (или) правовых интересов подвергается нарушению или угрозе нарушения.

**Предметом диссертационного исследования** являются понимание категории защиты гражданских прав, выбор методологии ее исследования, а также проблемы функционирования охранительного механизма в гражданском праве.

**Цель и задачи.** Целью диссертационного исследования является обоснование частной научной теории защиты в гражданском праве, включающей в себя положения о сущности защиты гражданских прав и правовых интересов, формах ее реализации, особенностях соответствующего правового регулирования.

Поставленная цель обусловила выдвижение следующих *задач*:

- выявить историко-теоретические предпосылки защиты в юриспруденции, осветить процесс формирования учения о ней в отечественной доктрине, а также установить соотношение понятий «защита» и «охрана»;

- установить и проанализировать методологические проблемы исследования защиты в гражданском праве и определить направление дальнейшего изучения данного явления;

- определить место защиты права в механизме гражданско-правового регулирования, для чего раскрыть понятия механизма правового регулирования и охранительного механизма в гражданском праве, а также установить соотношение защиты и ответственности;

- исследовать формы функционирования механизма защиты в гражданском праве посредством классификации и характеристики охранительных гражданских правоотношений.

**Методологическую основу исследования** составили общенаучные диалектические методы познания и частнонаучные методы: лингвистический, историко-правовой, формально-логический, догматический, сравнительно-правовой в контексте системного подхода,

ориентированного на поэтапное структурирование отношений, являющихся объектом исследования, и элементов механизма гражданско-правового регулирования. В основе частной научной теории гражданско-правовой защиты лежит теория охранительных правоотношений (охранительного права), имеющая предметом гражданские правоотношения, опосредующие конфликтное взаимодействие субъектов гражданского права, поскольку именно она обладает требуемым научным потенциалом для решения вопросов о сущности защиты и формах ее реализации.

**Научная новизна исследования** заключается в обосновании частной научной теории защиты гражданских прав, включающей в себя положения о сущности защиты гражданских прав и правовых интересах, формах ее реализации, особенностях соответствующего правового регулирования. В диссертации на основе анализа историко-теоретических предпосылок защиты в юриспруденции:

раскрыта сущность охранительного правового регулирования в гражданском праве посредством определения содержания охранительного гражданского правоотношения;

установлена система правового регулирования и дана характеристика правоотношениям, в рамках которых реализуется защита в гражданском праве;

определено положение защиты права в системе гражданско-правового регулирования;

выработаны предложения о соотношении понятий «защита» и «охрана» применительно к субъективному гражданскому праву и гражданско-правовому регулированию;

осуществлена классификация охранительных гражданских правоотношений по сущностному критерию;

установлено соотношение защиты и ответственности и показано значение принуждения в гражданском праве;

установлены формы функционирования защиты в гражданском праве посредством классификации и характеристики охранительных гражданских правоотношений.

Научная новизна выражена в **следующих положениях, вынесенных на защиту:**

1. Обосновано, что основополагающим началом, отражающим фундаментальную закономерность предмета теории гражданско-правовой защиты, является общесоциальная потребность в бесконфликтном существовании, которая ввиду невозможности полностью ликвидировать конфликты противоборствующих правовых интересов трансформируется в общесоциальную потребность сгладить последствия таких конфликтов и по возможности максимально восстановить насколько это возможно нарушенные правовые интересы членов общества. Восстановление указанных правовых интересов в гражданском праве осуществляется путем

защиты нарушенных субъективных прав и охраняемых правом интересов управомоченными органами и лицами.

Частная научная теория гражданско-правовой защиты основана на расчленении отношений, входящих в сферу гражданско-правового регулирования, на отношения, складывающиеся в бесспорном режиме и не требующие защиты, и отношения, возникающие в конфликтном режиме и требующие защиты. Последние и составляют предмет теории гражданско-правовой защиты.

Исторические основания частной научной теории гражданско-правовой защиты, выявленные на примере римского частного права, сводятся к следующему: 1) как исконное гражданское право (*ius civile*), так и возникшая в результате правотворческой деятельности преторов новая система норм – преторское право (*jus praetorium*) представляли собой систему охранительных прав; 2) иск – не источник, из которого выводится право, а само право, но не регулятивного, а охранительного характера; 3) правоотношения, в настоящее время называемые регулятивными, в римский период не имели правового регулирования и существовали как отношения фактические.

2. Обосновано совпадение содержания понятий «защита» и «охрана» применительно к субъективному гражданскому праву и, соответственно, гражданско-правовому регулированию, поскольку по смыслу закона под охраняемым правом понимается именно нарушенное или оспариваемое право, которое требует использования предусмотренных законом способов защиты.

3. Показано, что охранительные гражданские правоотношения, в рамках которых осуществляется конфликтное взаимодействие субъектов гражданского права, характеризуются следующими признаками: 1) функциональной направленностью; 2) специфическим правовым регулированием, состоящим, прежде всего, из охранительных норм права, которые не являются санкциями регулятивной нормы, а представляют собой самостоятельный вид норм, предусмотренных на случай нарушения прав и правовых интересов субъектов гражданского права; 3) способностью к принудительному обеспечению в результате деятельности управомоченных органов и лиц; 4) возможностью привлечения нарушителей гражданских прав и правовых интересов к соответствующей юридической ответственности.

4. Под правовым регулированием гражданских отношений в конфликтном режиме предложено понимать как собственно регулирующее, так и охранительное воздействие принципов и норм права на спорные гражданские отношения; в бесконфликтном режиме – только реализацию принципов и норм права без обращения за защитой прав и правовых интересов к управомоченным органам и лицам.

5. Обосновано, что гражданско-правовое регулирование представляет собой целостную иерархическую систему, на первом уровне иерархии которой следует выделять две подсистемы – регулятивное правовое регулирование и охранительное правовое регулирование. Данные подсистемы носят выраженный функциональный характер, каждая из них способна к самостоятельному осуществлению определенной функции, а вместе они являются объективно необходимыми и достаточными для достижения стоящих перед системой целей: 1) обеспечения возможности правового регулирования прав и правовых интересов и 2) охраны последних в случае нарушения.

6. Обосновано, что структура регулятивной и охранительной подсистем гражданско-правового регулирования не ограничивается функциональной связью, а характеризуется также генетической связью между ними (связью порождения) и связью развития, поскольку динамичны и взаимообусловлены отношения, являющиеся их предметом.

7. Предложено определять охранительное гражданско-правовое регулирование как структурно-функциональное образование гражданско-правового регулирования (его подсистему). Охранительное гражданско-правовое регулирование имеет целью снятие конфликтов между субъектами гражданского права и обеспечение пресечения, предотвращения и устранения нарушений права, его восстановление либо восстановление нарушенного имущественного положения потерпевшего.

8. Охранительное гражданско-правовое регулирование обеспечивается посредством применения, прежде всего, принципов и норм внутригосударственного и международного гражданского права.

9. Поскольку охранительное гражданско-правовое регулирование обеспечивается принуждением управомоченных органов и лиц, постольку действия участников гражданских правоотношений под принуждением не являются свободными. В этой связи дискуссионным является вывод специалистов о том, что охранительное гражданско-правовое регулирование может быть реализовано в добровольном порядке.

10. Выработано предложение о разграничении гражданско-правовой защиты и гражданско-правовой ответственности по критерию несовпадающих целей. Применение мер гражданско-правовой защиты преследует цель обеспечения прав и правовых интересов участников конкретных гражданско-правовых отношений; привлечение к гражданско-правовой ответственности производится также и в публичных интересах.

11. По критерию содержания охранительные гражданские правоотношения автором классифицированы на: 1) исковые правоотношения; 2) секундарные правоотношения; 3) правоотношения по самозащите. Гражданско-правовая защита осуществляется в трех формах, соответствующих данным видам охранительных гражданских правоотношений.



12. Установлено, что содержание искового правоотношения складывается из субъективного права на иск и корреспондирующей ему обязанности юрисдикционного органа осуществить защиту. Право на иск включает в себя только возможность требовать от юрисдикционного органа защиты своих нарушенных или оспариваемых прав и правовых интересов. В исковых правоотношениях должник не наделен обязанностью, он находится в состоянии принятия принуждения (претерпевания). Термин «претерпевание» отражает объективное положение субъекта, подвергаемого принуждению и не имеющего возможности изменить это положение. Претерпевание не может трактоваться в качестве обязанности, а совершение требуемых действий в таком состоянии – в качестве «добровольного исполнения обязанности».

13. Доказано, что содержание вторичных правоотношений складывается из субъективного права на совершение односторонних юридических действий и корреспондирующего ему состояния связанности, выражающегося в необходимости претерпевания пассивным субъектом юридических последствий действий уполномоченных лиц по осуществлению права. Обосновано, что вторичные правоотношения должны быть признаны видом охранительных гражданских правоотношений, в рамках которых реализуются такие способы защиты прав и правовых интересов, которые не связаны с применением государственного принуждения. В данных правоотношениях охранительная функция реализуется в силу беспрепятственности удовлетворения прав и правовых интересов соответствующих лиц.

14. Обосновано, что содержание правоотношений по самозащите складывается из субъективного права участников правоотношений на совершение односторонних фактических действий, направленных на самостоятельную защиту своих прав и правовых интересов, а также корреспондирующего ему состояния связанности с данными действиями, выражающегося в необходимости их претерпевания пассивным субъектом.

15. Статья 12 ГК РФ предусматривает, что защита гражданских прав осуществляется помимо перечисленных «...иными способами, предусмотренными законом». В результате проведенного диссертационного исследования предложено привести статью 12 ГК РФ в соответствие со статьями 45 и 71 Конституции РФ, дополнив статью 12 ГК РФ положением о том, что защита гражданских прав может осуществляться иными способами, «не запрещенными федеральными законами».

**Теоретическая значимость диссертационного исследования** заключается в том, что содержащиеся в нем положения и выводы дополняют и развивают гражданско-правовую науку в части понимания сущности защиты гражданских прав и правовых интересов, а также разрешают методологические проблемы ее исследования, восполняют существующие в цивилистической науке пробелы и могут служить теоретической и

методологической основой для дальнейших цивилистических исследований в данном направлении.

**Практическая значимость диссертации** состоит в том, что полученные в ходе исследования выводы и сформулированные на их основе практические предложения могут послужить теоретической основой для совершенствования российского гражданского права и правоприменительной практики, проведения экспертиз нормативных правовых актов, содержащих принципы и нормы гражданского права, использоваться в учебном процессе и юридической практике. Диссертация способна внести вклад в формирование профессионального правосознания судейского корпуса, поскольку предлагает решение ряда спорных вопросов понимания охранительных гражданских правоотношений.

**Апробация результатов исследования.** Основные положения, выводы и рекомендации изложены автором в опубликованных работах, а также докладах на международных научно-практических конференциях: Второй пермский конгресс ученых-юристов (г. Пермь, 28-29 октября 2011 г.), «Защита частных прав: проблемы теории и практики» (г. Иркутск, 20-21 апреля 2012 г.), «Роль частного права в модернизации российской экономики» (г. Уфа, 23 апреля 2013 г.), «Защита частных прав: проблемы теории и практики», (г. Иркутск, 20-21 июня 2013 г.).

Результаты диссертационного исследования использовались в практической деятельности Шестнадцатого арбитражного апелляционного суда, в учебном процессе ФГБОУ ВО «Российский государственный университет правосудия».

**Структура работы** обусловлена целью и задачами исследования и отражает его логику.

Диссертация состоит из введения, четырех глав, объединяющих двенадцать параграфов, заключения и библиографического списка.

## ОСНОВНОЕ СОДЕРЖАНИЕ РАБОТЫ

Во *введении* обосновываются актуальность темы исследования, степень ее разработанности, определяются предмет, цель и задачи исследования, его теоретическая база и методологическая основа. Раскрывается научная новизна и практическая значимость полученных результатов. Формулируются положения, выносимые на защиту.

*Глава первая «Историко-теоретические предпосылки исследования защиты в гражданском праве»* состоит из трех параграфов.

В *первом параграфе «Исторические корни гражданско-правовой защиты»* прослеживается эволюция правовых представлений об охранительных механизмах и роли иска в числе этих механизмов. Констатируя, что древнейшее законодательство было нацелено не на регулирование «нормальных», «обычных» общественных отношений, а на пресечение «ненормального», противоборствующего взаимодействия субъектов, акцентировано внимание на причине данного факта, которая заключается в намерении общества сгладить возникшие между членами общества противоречия, защитить лиц, интересы которых были нарушены.

На основе анализа научных взглядов и памятников права предложено понимание связи субъективного гражданского права и средств его защиты (иска). Обосновано, что признаваемое континентальной правовой доктриной положение о том, что защита права есть явление, сопутствующее субъективному праву, вытекающее из него и следующее за ним, хотя и безупречное с точки зрения формальной логики, но не подтверждается исторической логикой. История развития права не дает такой линейной картины, при которой законодатель вначале формулировал бы в тексте закона субъективные права, а затем (или одновременно с этим) закреплял бы меры охранительного характера. Этот тезис подтверждается на примере римского частного права, из которого следует вывод, что именно охранительные возможности делали истца субъектом регулятивных возможностей. Исследуется трактовка римского иска в Дигестах и литературных источниках, а также дискуссия, которая началась в европейской и отечественной цивилистической доктрине в XIX в. и была продолжена в советский период по поводу соотношения искового права с материальным субъективным правом.

Диссертант рассматривает критику материально-правовой теории права на иск со стороны представителей гражданского процессуального права и обращает внимание на обстоятельство, способное показать значение римского иска, а также дискуссии, развернувшейся в европейской юриспруденции по этому вопросу, для современного развития теории защиты гражданских прав. Данное обстоятельство связано с взглядами ряда правоведов, которые возражали против отрицания признания за римским иском свойства субъективного права. В этих взглядах четко прослеживается

мысль о том, что римский иск представлял собой именно субъективное право. Обосновывается вывод о том, что претор, предоставляя иск, конституировал субъективное право. Такое право, учитывая современное деление гражданских прав на регулятивные и охранительные, являлось не регулятивным, а охранительным, поскольку оно возникало при нарушении нормального течения общественных отношений и было направлено на устранение последствий совершенного нарушения. Очевидным доводом в пользу данного вывода является отсутствие у лица, обращающегося к претору, необходимости просить у последнего признания за ним регулятивного права. Если течение отношений было обычным, «нормальным», субъект вполне был удовлетворен своим *status quo*. В случае же нарушения интересов заинтересованного лица (независимо от того, имелись ли об этих интересах какие-либо указания в *ius civile* либо их не имелось и *status quo* касался только фактической стороны вопроса) это лицо обращалось к претору *за защитой*. Исходя из положений: 1) основными отличительными чертами охранительных субъективных гражданских прав являются установление ими мер (способов) защиты и возникновение их в связи с нарушением прав (интересов) управомоченного лица; 2) охранительное субъективное гражданское право – это возможность определенного поведения лица в конфликтной ситуации, предоставленная ему в целях защиты его нарушенного интереса, диссертант признает, что заинтересованное лицо получало из рук претора именно такую возможность. Делается вывод: иск в римском праве – это субъективное гражданское право охранительного характера, а преторское право – система таких охранительных прав. Данный вывод позволяет пересмотреть сложившуюся в континентальной юриспруденции характеристику римского права в качестве системы исков. Признавая, что иск не является чем-то отличным от субъективного права, а представляет собой элемент системы прав особого рода (охранительных прав), диссертант полагает, что утверждение «римское право есть система исков» с полным основанием можно преобразовать в утверждение «римское право есть система охранительных прав».

Во *втором параграфе «Классификация подходов к определению понятия защиты гражданских прав»* систематизированы подходы отечественных цивилистов к определению понятия защиты. Обоснован вывод о том, что широко признанное в доктрине положение о существовании трех теорий – «теории функций», «теории мер» и «теории деятельности», – на основе которых базируется современное учение о защите гражданских прав и правовых интересов, не находит подтверждения. Во-первых, научные позиции, обосновывающие понимание гражданско-правовой защиты, не исчерпываются названными и наряду с ними следует указать еще на ряд точек зрения: понимания защиты гражданских прав в качестве субъективного гражданского права на защиту, понимания ее как института гражданского права, понимания ее как принудительной стадии осуществления права и т.д.

Во-вторых, не имеется оснований присваивать указанным точкам зрения (научным мнениям, научным позициям) статус *научных теорий*, поскольку как законченные частные научные теории данные позиции не сформировались. Они изложены в различных источниках (учебниках, научных статьях, реже – монографиях, но не специально посвященных защите, а как правило, иным вопросам), имеют небольшой объем, носят по большей части фрагментарный характер. Если «теория деятельности» получила определенное развитие в цивилистической доктрине (Б.И. Пугинский), то «теории функций» в цивилистике нет, равно как и «теории мер», если не считать ею «теорию деятельности», называемую иначе «теорией правовых средств». В-третьих, взгляды сторонников трех указанных «теорий» по большей части пересекаются, что не дает оснований для их разграничения. Проведенный анализ позволил установить следующее. Во-первых, Т.И. Илларионова в равной мере может быть отнесена как к сторонникам «теории функций», так и к сторонникам «теории мер» и «теории деятельности», поскольку отталкивается в определении защиты как от понятия «функции», так и от понятий «меры» и «деятельность». Во-вторых, сторонники «теории мер», определяющие защиту права как систему мер, ставят во главу угла особую направленность (функции) такой системы, а авторы, поддерживающие «теорию функций», излагают ее посредством описания мер защиты. Причем и те, и другие определяют меры защиты посредством понятия «правовые средства». В-третьих, сторонники «теории деятельности» имеют в виду именно деятельность по применению мер защиты, раскрывают свой подход путем описания таких мер, определяют данные меры также через понятие «правовые средства», а главным в своем подходе признают функциональную направленность мер. Обосновано, что все указанные подходы к пониманию защиты охватываются теорией правовых средств, а доктринальные представления о теоретических основаниях учения о защите гражданских прав базируются на неверном по существу выводе о наличии в цивилистике трех якобы различающихся теорий. Далее проанализирована позиция, заключающаяся в отождествлении защиты гражданских прав с субъективным гражданским правом на защиту (В.П. Грибанов, В.С. Ем, Н.И. Клейн, В.А. Тархов). Методологической основой этого подхода является теория правоотношения, поскольку субъективное гражданское право есть компонент гражданского правоотношения. Данные ученые исследуют защиту в рамках регулятивных правоотношений. Отмечается, что имеется большая группа ученых, не разделяющих взгляда, отождествляющего защиту гражданских прав с субъективным гражданским правом на защиту, но также исследующих проблемы защиты на основе теории правоотношения (В.В. Бутнев, П.А. Варул, П.Ф. Елисейкин, Е.А. Крашенинников, Е.Я. Мотовиловкер, В.Ф. Яковлев), однако уже не в рамках регулятивных правоотношений, а в рамках охранительных. Таким образом, в числе исследователей, изучающих

гражданско-правовую защиту на основе теории правоотношения, следует выделить две группы ученых. Первая группа рассматривает защиту в рамках регулятивных гражданских правоотношений; вторая – в рамках охранительных гражданских правоотношений. Сделан вывод о том, что выделение в доктрине применительно к определению защиты гражданских прав трех «теорий» («теории функций», «теории мер» и «теории деятельности») является необоснованным, поскольку в действительности таких теорий две: 1) теория правовых средств; 2) теория правоотношения.

*Третий параграф «Соотношение понятий «защита» и «охрана»* посвящен решению вопроса о соотношении понятий защиты и охраны. Отмечается, что по поводу соотношения указанных понятий в доктрине сложились две позиции. Первая позиция заключается в разграничении понятий «защита» и «охрана». Она представлена в двух вариантах: 1) понятие охраны является более широким, включающим в себя понятие защиты (Н.С. Малеин, А.П. Сергеев, В.А. Тархов); 2) понятие защиты является более широким, включающим в себя понятие охраны (Н.Д. Егоров, З.В. Макарова, Е.Б. Осипов). Вторая позиция заключается в отождествлении понятий «защита» и «охрана» (В.П. Грибанов, Г.А. Свердлык, Э.Л. Страунинг). Диссертант высказывает предположение, что основания в пользу признания правоты какой-либо из указанных позиций могут носить либо лингвистический, либо догматический характер. Иными словами, необходимо отыскать различие или совпадение смыслов понятий «охрана» и «защита» либо в толковании терминов, обозначающих эти понятия, либо в тексте нормативных актов, употребляющих данные термины.

Проводится лингвистический анализ терминов, на основе которого показывается, что с лингвистической точки зрения оснований для разграничения слов «защита» и «охрана» не имеется; в русском языке они являются синонимами. Проводится догматический анализ понятий «защита права» и «охрана права» на основе толкования норм Конституции РФ, ГК РФ, а также иных нормативных актов. Проведенный анализ позволил соискателю сделать вывод о том, что различий в употреблении понятий «защита» и «охрана» законодатель не проводит. Отсутствуют различия между рассматриваемыми понятиями и в материалах судебной практики.

Рассматривается довод А.П. Сергеева, объясняющего позицию разграничения понятий «защита» и «охрана» указанием на сложившуюся в правоведении традицию. Исследование ряда работ дореволюционного периода позволило диссертанту показать, что в юридической литературе с давних времен термин «охрана (охранение) прав» применяется как равнозначный термину «защита прав». Формулируется вывод о том, что в правоведении отсутствует традиция разграничения данных понятий.

По итогам исследования сделан вывод о том, что предпринимаемые в науке гражданского права попытки разграничить понятия «защита» и «охрана» являются бесплодными. Ни лингвистических, ни догматических

оснований для разграничения указанных понятий не имеется, в связи с чем их следует считать тождественными.

**Глава вторая «Методологические основания исследования защиты в гражданском праве»** содержит три параграфа. В ней исследуются общие методологические вопросы научного исследования, а также обосновывается выбор методологического основания для формирования частной научной теории гражданско-правовой защиты.

В первом параграфе «Общие логико-гносеологические положения» рассматривается вопрос о понятии научной проблемы и предлагается обоснование проблемной ситуации в теме защиты гражданских прав. Исследуются вопросы: 1) о понятии методологии; 2) о теоретических моделях; 3) о понятиях общей фундаментальной теории дисциплины и частных научных теориях; 4) о разделении частных научных теорий по степени общности и на «более общие» и «менее общие»; 5) об основании частной научной теории. Поскольку предметом общей теории дисциплины являются общие законы функционирования и развития целостной системы, а предметом частных научных теорий – законы функционирования и развития отдельных подсистем данной системы (В.С. Добрянов), делается вывод о том, что всякая частная научная теория имеет свой предмет, строго определенную предметную область. Отсутствие такой предметной области у какой-либо совокупности теоретических положений (как бы ни было велико их число) не дает оснований для квалификации этих положений в качестве частной научной теории. Отмечается, что благодаря своему предметному полю подлежащая построению частная научная теория гражданско-правовой защиты претендует на сквозной характер, так как способна охватить все сферы гражданско-правового регулирования. Поскольку не имеется ни одного гражданско-правового института, в котором не имел бы значения и не находил бы отражения вопрос о защите, в делении частных научных теорий по степени общности частная научная теория гражданско-правовой защиты оказалась бы в ряду «более общих» частных цивилистических теорий.

Указывается, что основанием частной научной теории является закон (закономерность), далеко выходящий за пределы предметного поля теории и относящийся к теории более высокого уровня, и отмечается, что основанием частной гражданско-правовой научной теории способна служить какая-либо закономерность, относящаяся или ко всему гражданскому праву (к общей теории гражданского права), или к праву в целом, независимо от его отраслевого деления (к общей теории права), или даже к каким-либо закономерностям общесоциального порядка, выявленным в философии или социологии, при условии, что они имеют преломление в сфере гражданского права. Применительно к частной научной теории гражданско-правовой защиты единым основанием, отражающим фундаментальную закономерность предмета, является общесоциальная потребность в бесконфликтном существовании, которая ввиду невозможности полностью

ликвидировать конфликты противоборствующих интересов трансформируется в общесоциальную потребность сгладить последствия таких конфликтов, восстановить насколько это возможно нарушенные интересы членов общества. Восстановление указанных интересов в гражданском праве и осуществляется путем защиты нарушенных субъективных прав и охраняемых правом интересов.

Отмечается, что становление предмета частной научной теории производится на основе расчленения общей предметной области дисциплины. Аналогично этому частные научные теории гражданско-правового характера возникают и развиваются на основе расчленения общей предметной области гражданского права. Поскольку предметную область гражданского права составляют определенные общественные отношения (главным образом, имущественные), то расчленению подвергаются именно они. При этом расчленение производится по характеру этих отношений, классифицированных по признаку принадлежности к той или иной жизненной области.

Проведен анализ вопроса о возможности построения частной научной теории гражданско-правовой защиты на основе какой-либо из существующих в доктрине частных научных теорий более высокого уровня. Поскольку ученые, исследующие защиту гражданских прав, в качестве основания своих построений избирают либо теорию правовых средств, либо теорию правоотношения, диссертант формулирует задачу, которую предстоит решить в дальнейшем исследовании, а именно могут ли теория правовых средств или теория правоотношения выступать в качестве методологического основания частной научной теории гражданско-правовой защиты.

Во *втором параграфе «Место теории правовых средств в системе методологических оснований исследования защиты гражданских прав»* определено место теории правовых средств в системе методологических оснований исследования защиты гражданских прав. Рассмотрены разные подходы к пониманию правовых средств. Обосновано, что применение понятия «правовое средство» в самом широком смысле (как сделок, договоров, мер ответственности, дозволений, запретов, обязываний, законодательной инициативы, норм и принципов права и т.д.) не позволяет установить его реальные очертания, размывает область его применения. Трудно найти какой-либо правовой феномен, который не причислялся бы к правовым средствам исходя из такой широкой трактовки.

Исходя из анализа дефиниций понятия «правовые средства», предлагаемых в общей теории права и науке гражданского права, диссертант приходит к выводу, что существенных признаков класса предметов, мыслимого в определяемом понятии, они не содержат. Понятие «правовые средства» представляет собой некий логический конгломерат (механическое соединение чего-либо разнородного, беспорядочный набор), объединяющий



в себе понятия различной родовой принадлежности; некая «понятийная шапка», способная прикрыть собой все, что будет угодно исследователю, – от юридического лица до мер поощрения. Такое положение дел в конечном итоге может привести к присвоению понятию «правовые средства» статуса «неопределимого», что повлечет за собой вывод о нецелесообразности его использования. Такой вывод, в свою очередь, подводит к вопросу, а имеется ли в отечественном правоведении частная научная теория правовых средств, позволяющая изучать в ее рамках те или иные правовые явления, включая и явление «защита гражданских прав»? Диссертант полагает, что главной ценностью понятия «правовые средства» является ракурс, который задается его использованием – выявлять значение того или иного правового явления, исходя из его функционального назначения, но в то же время замечает, что это понятие не обладает какими бы то ни было преимуществами в задании упомянутого ракурса по сравнению с понятиями «функция», «функциональное назначение», «функциональный анализ» и пр.

Отмечается, что «теорию правовых средств» нельзя назвать частной научной теорией в строгом смысле этого слова в связи с отсутствием ее предметного поля. Если встать на позицию ученых, полагающих, что правовые средства не образуют каких-то особых, отличных от традиционных явлений правовой действительности, их понятие не несет в себе какой-либо специфической нагрузки, что правовые средства составляют весь диапазон правовых феноменов различных уровней, что какого-либо объекта, который можно было бы назвать правовым средством и который отличался бы при этом от иных правовых объектов, не существует, или, наоборот, любой правовой феномен есть правовое средство, то следует признать, что «теория правовых средств» не имеет собственного предмета. Если же встать на позицию сторонников противоположного взгляда и признать, что введение понятия «правовое средство» имеет своим смыслом отграничение хорошо известных правовых реалий (правовых норм, институтов, правоотношений и т.д.) от таких реалий, которые не укладываются в содержание традиционных терминов, то теория правовых средств также оказывается лишенной собственного предмета, поскольку те реалии, которые предлагается причислять к правовым средствам (меры ответственности, способы защиты прав, меры оперативного воздействия, презумпции, правоспособность, юридическое лицо и т.д.) имеют собственные научно определенные понятия и вполне укладываются в содержание традиционных терминов. «Теория правовых средств» не дает какого-либо приемлемого критерия, по которому можно было бы расчленить предмет гражданского права с целью определения предметной области гражданско-правовой теории правовых средств. Данное обстоятельство влечет вывод о невозможности использования теории правовых средств в качестве методологической основы частной научной теории гражданско-правовой защиты.

*В третьем параграфе «Теория охранительных правоотношений как методологическое основание исследования защиты гражданских прав»* охранительные гражданские правоотношения, составляющие предмет теории охранительного права, были выделены на основе расчленения общей предметной области гражданского права – общественных отношений – на «нормальные», «обычные» и «ненормальные», «правонарушительные», «конфликтные».

Отмечается, что ценность теории охранительного правоотношения заключается в том, что она позволяет раскрыть процесс реализации защиты субъективных гражданских прав и правовых интересов путем выявления и характеристики элементов механизма гражданско-правовой защиты; она позволяет дать объяснение целому ряду вопросов темы, не находящих объяснения за ее рамками. К числу таких вопросов можно отнести вопрос о нормативной основе охранительных правоотношений, о роли принуждения в процессе их реализации, о характере субстанции, корреспондирующей охранительному гражданскому праву, и т.д. Ни на один из этих вопросов теоретические положения, трактуемые в доктрине как «теория правовых средств», ответа не дают. Перечень вопросов можно расширить, адресовав их уже не только сторонникам объяснения защиты гражданских прав при помощи теории правовых средств, но и сторонникам ее объяснения в рамках регулятивного правоотношения: почему возможно применять санкцию правовой нормы, если ее гипотеза не указывает на нарушение права; что происходит с правомочием на защиту, якобы находящимся в составе регулятивного субъективного гражданского права, если нарушения права не произошло; почему в рамках регулятивного гражданского правоотношения, рассчитанного на «нормальное» взаимодействие субъектов, вообще может применяться принуждение и т.д. Несмотря на дискуссионность ряда положений, теория охранительных правоотношений служит одним из широко распространенных подходов к объяснению механизма защиты прав. Дискуссионность отдельных вопросов теории охранительных правоотношений не может быть приравнена к глобальному противоречию в теории правовых средств, поскольку разногласия ученых, признающих теорию охранительного права, касаются частных вопросов, но не задевают факта признания существования охранительных правоотношений. О подобном противоречии можно было бы говорить применительно к теории правоотношения в целом, поскольку одни правоведы признают деление правоотношений на регулятивные и охранительные, а другие – отрицают. Учитывая приведенные выше положения о разграничении частных научных теорий по степени общности на «более общие» и «менее общие», диссертант утверждает, что теория «правоотношения вообще» является более общей по отношению к теории охранительного правоотношения. Признавая теорию охранительных правоотношений, диссертант избирает в качестве

методологической основы исследования защиты гражданских прав именно ее, минуя теорию «правоотношения вообще».

Обосновывая свой выбор, диссертант отмечает следующее. В тех случаях, когда взаимодействие субъектов в гражданском обороте получило развитие, укладывающееся в рамки «обычных», «нормальных» отношений, при которых обязанности своевременно исполняются, осуществление субъективного права не встречает препятствий со стороны иных лиц, субъективные права осуществляются в установленных пределах без злоупотреблений со стороны управомоченных лиц, необходимости в охранительных правоотношениях не существует. В тех же случаях, когда взаимодействие протекает в «ненормальном» русле, когда участники договорных отношений не исполняют своих обязанностей по договору, одно лицо причиняет внедоговорный вред другому, кто-либо препятствует собственнику в осуществлении его права собственности и т.д., между лицами возникает особая социальная связь, которая и оформляется охранительным гражданским правоотношением.

Указывается, что принуждение, применяемое в рамках охранительных гражданских правоотношений, не следует связывать только с принудительным воздействием, оказываемым государственными органами. Им следует признавать *любой акт, в результате которого субъект вынужден принимать навязанный ему кем-либо вариант поведения*. Подтверждением этому служит наличие в гражданском праве мер защиты, реализация которых не связана с применением государственного принуждения, а осуществляется самим управомоченным лицом.

Дается характеристика охранительных гражданских правоотношений и формулируется вывод о том, что использование теории охранительных правоотношений в качестве методологической основы частной научной теории защиты в гражданском праве позволяет решить вопрос о нормативной основе правоотношений, в рамках которых реализуется защита, дать полную и достоверную характеристику таких правоотношений, раскрыть сущность охранительного механизма в гражданском праве посредством определения содержания охранительного гражданского правоотношения, показать значение принуждения в гражданском праве, определить формы функционирования механизма гражданско-правовой защиты.

**Глава третья «Место защиты права в механизме гражданско-правового регулирования»** включает три параграфа.

В первом параграфе «*Понятие механизма правового регулирования в отечественной доктрине*» обосновывается положение, согласно которому изучение механизма правового регулирования необходимо осуществлять на основе системного подхода. Излагаются положения системного подхода о целостности, иерархичности и иных признаках системы.

Показано, что правовое регулирование есть отражение регулятивной функции права. Коль скоро в праве признаются главенствующими две

функции – правового регулирования и правовой охраны, – то логичным было бы употреблять термин «правовая охрана» в качестве равнозначного термину «правовое регулирование». Однако в доктрине понятию «правовое регулирование» придается самый широкий смысл, в связи с чем оно поглощает понятие «правовая охрана». Следствием этого является смешение правового регулирования с правовой охраной. Поэтому в литературе не проводится четкого разграничения между регулятивными и охранительными элементами и нередко можно встретить утверждения, что регулятивные нормы охраняют, а охранительные – регулируют. Отмечается, что если определять правовое регулирование как подчинение общественных отношений определенным правилам, закрепленным в нормах права, то оно, действительно, охватит собой все формы правового воздействия на общественные отношения, включая и охранительное воздействие. Эти выводы в известной мере противоречат друг другу. Снять данное противоречие могло бы иное определение правового регулирования, но, учитывая «укорененность» в правовых воззрениях указанного понимания правового регулирования, на это рассчитывать не приходится. Поэтому диссертант признает, что наиболее приемлемым вариантом является выделение двух смыслов понятия «правовое регулирование» – широкого и узкого. В широком смысле под правовым регулированием следует понимать как собственно регулирующее воздействие права на общественные отношения, так и охраняющее воздействие, в то время как узким смыслом следует считать воздействие, направленное на упорядочивание отношений, которые протекают в «нормальном» русле, т.е. таких, в которых удовлетворение интересов субъектов гражданского права происходит в бесконфликтном режиме. Указывается, что признание существования двух основных функций права – регулятивной и охранительной, – но в то же время отсутствие точности в определении понятий регулятивной и охранительной систем (подсистем) ведет к неточности трактовки понятия «механизм правового регулирования», поскольку остается неясным, следует ли выделять в правовом регулировании два равных по значению механизма – механизм правового регулирования и механизм правовой охраны – или первый поглощает второй. В любом случае твердое следование позиции, согласно которой регулирование означает и охрану, а охрана осуществляется регулированием, не оставляет простора для дифференциации этих механизмов и подводит к однозначному выводу о том, что механизм правовой охраны (если его все-таки признавать) «встроен» в механизм правового регулирования. Обобщая изложенное, диссертант заключает, что выделение механизма правового регулирования не основано на жесткой привязке к регулятивной функции права, а базируется на возникшей в середине прошлого века научной необходимости отобразить при помощи специального термина все способы воздействия права на общественные отношения. Таким термином и стал термин «механизм правового

регулирующего», при использовании которого ученые не имеют в виду только собственно регулятивное воздействие права.

Аргументируется вывод о том, что идеализирующая теоретическая абстракция «механизм правового регулирования» должна позволить правоведам составить определенные структурно-функциональные представления об исследуемой области правовой реальности. В целях формирования таких представлений диссертант анализирует высказанные в литературе мнения относительно состава системы механизма правового регулирования и структуры данной системы. Исследуется предлагаемый в литературе состав системы механизма правового регулирования и отмечается, что он представляется без учета иерархичности данной системы и характеризуется исключительно на уровне элементов, в числе которых различные авторы называют самые различные комбинации элементов: правовые нормы, правоотношения, акты реализации субъективных прав и обязанностей, принципы права, правовую культуру; акты толкования, юридические факты, правосознание, режим законности; субъектов права, юридические факты, правоприменительную практику; правотворчество и т.д. Отмечается, что ни один из перечисленных элементов собственных функциональных свойств не отражает и способ действия системы не характеризует. Ни правовые нормы, ни правоотношения, ни акты реализации прав и обязанностей, будучи представленными только в таком качестве, ничего не говорят о выполняемых ими функциях. Формулируется вывод о том, что характеристика строения системы механизма правового регулирования, предлагаемая в юридической литературе, не дает представления о данной системе как о целостном объекте, имеющем иерархическое строение, при котором автономность его подсистем обусловлена их функциональной характеристикой. Исходя из положений об иерархичности и функциональности системы, о соотношении категорий «правовая система» и «механизм правового регулирования», а также двух функциях, выполняемых механизмом правового регулирования (в широком смысле), диссертант приходит к выводу, что строение системы механизма правового регулирования должно выглядеть следующим образом: система механизма правового регулирования → две составляющие ее подсистемы (регулятивная и охранительная). Подчеркивается, что система есть иерархическая упорядоченность, включающая в себя подсистемы более низкого уровня, которые и выступают в роли элементов системы, образующих ее состав. Применительно к системе механизма правового регулирования такими элементами будут две подсистемы – регулятивная и охранительная. Все иные элементы следует выявлять при самостоятельном рассмотрении указанных подсистем, которые в этом случае уже будут называться системами. При этом неважно, что названия элементов и в первой, и во второй подсистемах могут совпадать (правовые нормы, правоотношения, акты реализации прав и обязанностей, как принято считать

в доктрине, либо какой-либо иной набор элементов). Характер подсистемы (системы) придаст этим элементам необходимое своеобразие, что и позволит отличать их друг от друга. Так, в регулятивной подсистеме (системе) в качестве элемента следует выделять регулятивное правоотношение, в то время как в охранительной – охранительное правоотношение. Отмечается, что указанная картина иерархичности системы механизма правового регулирования носит самый общий, схематичный характер. При детальном исследовании указанных подсистем (систем) состав может быть иным, ибо механизм правового регулирования есть многоуровневая иерархическая система, каждый уровень которой характеризуется определенным типом функционирования. Указывается, что исследование механизма правового регулирования на основе системного подхода поможет перейти от представления данного сложного объекта познания в виде конгломерата самых различных правовых субстанций (правовых норм, правоотношений, актов реализации прав и обязанностей, правосознания, правовой культуры, принципов права, субъектов права, юридических фактов, правоприменительной практики, результатов правовой деятельности и т.д.) к изображению его в виде простой, понятной и удобной для исследования системы.

Анализируются взгляды на структуру системы механизма правового регулирования. Отмечается, что раскрывать вопрос о структуре системы следует путем выявления связей, существующих между элементами системы. Исследуется вопрос о связи функционирования рассматриваемой системы, наличие которой признается многими исследователями. Отмечается, что структура регулятивной и охранительной подсистем не ограничивается только функциональной связью. Обосновывается положение о том, что между рассматриваемыми подсистемами следует выделять и иные связи, а именно *генетическую связь (связь порождения)* и *связь развития*, а также предлагается характеристика данных связей.

Формулируется общий вывод о том, что гражданско-правовое регулирование представляет собой целостную иерархическую систему, на первом уровне иерархии которой следует выделять две подсистемы – регулятивный правовой механизм и охранительный правовой механизм. Данные подсистемы носят выраженный функциональный характер, каждая из них способна к самостоятельному осуществлению определенной функции, а вместе они являются необходимыми и достаточными для достижения стоящих перед системой целей – 1) обеспечения субъектам права возможности удовлетворения их интересов и 2) охраны последних в случае нарушения.

Во *втором параграфе «Охранительный механизм в гражданском праве»* данный механизм рассматривается в качестве теоретической абстракции, редуцирующей гражданско-правовую охрану до структурно-функциональных представлений, т.е. как гносеологическое средство,

позволяющее формировать структурно-функциональные представления о правовой охране. Отмечается, что охранительный механизм представляет собой подсистему механизма правового регулирования отрасли гражданского права. Однако при самостоятельном рассмотрении данной подсистемы она уже предстает в виде системы, которая характеризуется только ей присущими целями, функцией и строением. В этом случае она определяется как целостная система, способная к самостоятельному осуществлению охранительной функции и достижению стоящих перед ней целей.

Характеризуется первая цель системы охранительного механизма, которой признается снятие конфликтов между субъектами гражданского права; обеспечение пресечения, предотвращения и устранения последствий нарушений права; восстановление права либо восстановление нарушенного имущественного положения потерпевшего. Обосновывается тезис: поскольку достижение указанной цели возможно только при условии существования прочного и стабильного гражданского правопорядка, то в цели рассматриваемой системы входит, в том числе, и охрана правопорядка. Исследуется функциональный аспект проблемы. Охранительная функция гражданского права определяется как воздействие гражданского права на общественные отношения, возникшие в связи с нарушением субъективных прав и правовых интересов субъектов гражданского права, направленное на пресечение, предотвращение и устранение нарушений права, его восстановление или восстановление нарушенного интереса потерпевшего. Подчеркивается, что охранительная функция гражданского права призвана гарантировать субъекту гражданского права реальное осуществление нарушенного права либо удовлетворение его нарушенного интереса.

Излагается вопрос о внутреннем устройстве рассматриваемой системы, а именно о ее составе и структуре. Руководствуясь положениями, разработанными в доктрине применительно к системе права, а также целью изобразить систему охранительного механизма в виде простого, понятного и удобного для исследования объекта, диссертант обосновывает вывод, согласно которому состав системы охранительного механизма в гражданском праве в избранном для рассмотрения ракурсе вполне можно ограничить двумя элементами – нормативной основой, включающей охранительные гражданско-правовые нормы, и охранительными правоотношениями.

Представлена характеристика структуры системы охранительного механизма в гражданском праве. Диссертант останавливается на связях, существующих между элементами состава такой системы – нормативной основой и охранительными правоотношениями. Это связи взаимодействия, функционирования и генетическая связь (связь порождения). Анализируется литература по системному подходу на предмет определения специфики связей взаимодействия. Отмечается, что в рамках этого типа связей выделяют кооперативные и конфликтные связи. Обосновывается вывод о

том, что связь между охранительными гражданско-правовыми нормами и охранительными гражданскими правоотношениями относится к первому виду, поскольку и норма, и правоотношения предназначены, по сути, одной цели – координировать взаимное поведение субъектов гражданского права. Аргументируется вывод о том, что в системе охранительного гражданско-правового механизма очевидна функциональная связь между охранительными нормами и охранительными правоотношениями. Отмечая, что сегодня в доктрине широко признан взгляд, согласно которому правовая норма первична, в то время как правовое отношение – вторично и без правовой нормы правоотношение возникнуть не может, диссертант указывает, что применительно к рассматриваемым элементам можно выделить и генетическую связь (связь порождения), в которой порождающую роль играет правовое отношение. Данная связь обусловлена следующими обстоятельствами. Во-первых, первоначально право появилось как система правоотношений. Во-вторых, нормы права не всегда могут охватить социальную практику жизни общества, в связи с чем различные «притязания людей на ту или иную меру права» находят отражение в общественном сознании и в дальнейшем могут «закрепиться в законодательстве и получить статус гарантированных и защищаемых юридических прав» (Ю. И. Гревцов). В-третьих, поскольку в судебной практике применяется аналогия закона и аналогия права, решением компетентного органа конституируется правовая основа отношений и в отсутствие соответствующей правовой нормы. Таким образом, система охранительного механизма имеет сложную структуру, характеризующуюся связями взаимодействия, функционирования и генетической.

Исследуется такая особенность охранительного воздействия гражданского права, как возможность применения принуждения к правонарушителю, что предусматривается охранительными нормами и проявляется в охранительных правоотношениях. Отмечается, что принуждение в гражданском праве является неотъемлемым и сущностным признаком гражданского охранительного правоотношения. Если в регулятивном гражданском правоотношении субъекты гражданского права свободны в своем поведении, то в охранительном речь идет о том, что один из них нарушает права и интересы другого либо создает угрозу их нарушения. В этом случае воля нарушителя вступает в противоречие не только с интересами потерпевшего, но и с публичными интересами. Обосновывается вывод: поскольку добровольное поведение – это свободное поведение, а поведение лица, осуществляемое под принуждением, не является свободным, положение о том, что гражданско-правовые меры принуждения могут быть реализованы в добровольном порядке, следует признать несостоятельным.

Формулируется определение гражданско-правового охранительного механизма как структурно-функционального образования системы



механизма гражданско-правового регулирования, имеющего целью снятие конфликтов между субъектами гражданского права и обеспечение пресечения, предотвращения и устранения нарушений права, его восстановление либо восстановление нарушенного имущественного положения потерпевшего.

*В третьем параграфе «Соотношение защиты и ответственности»* рассматриваются представленные в общетеоретической и цивилистической литературе взгляды на понятие гражданско-правовой ответственности; исследуются вопросы: о выборе критериев разграничения понятий защиты и ответственности, о функциях и о целях ответственности и защиты в гражданском праве, о принципах применения ответственности в гражданском праве, об общественной потребности защиты интересов гражданского правопорядка и др. Анализируются взгляды на гражданско-правовую ответственность как ответственность одного участника имущественного оборота перед другим, а также мнения о пределах гражданско-правовой ответственности, определяемых ее компенсационным характером, необходимостью восстановления имущественной сферы потерпевшего, защиты его нарушенных прав. Обосновано мнение, что если бы во всех случаях ответственности речь шла о восстановлении имущественной сферы потерпевшего – частного субъекта гражданского права, т.е. гражданина или юридического лица, то можно было бы в рамках освобождения цивилистики от чуждых ей публично-правовых конструкций ставить вопрос об избавлении гражданского права от категории ответственности. Однако дело обстоит не так просто, как может показаться на первый взгляд, поскольку в ряде случаев гражданское право защищает и публичные интересы.

Исследуется вопрос о неэквивалентных имущественных лишениях в гражданском праве (штрафной неустойке, изъятии имущества в доход государства при недопущении реституции), а также позиции, отстаивающие идею, что гражданский правопорядок есть нормативная система, направленная на обеспечение частных интересов, но в этой системе одним из важнейших условий обеспечения частных интересов выступает осуществление функции самосохранения гражданского правопорядка, а значит, и защиты публичных интересов, стоящих за этой функцией. По мнению диссертанта, это положение дает объяснение существованию в гражданском праве не только неэквивалентных обременений, но и определенного осуждения правонарушителя. Исследуется высказанное в литературе мнение о том, что к мерам ответственности в частном праве необходимо относить только такие, которые применяются государством в качестве наказания за совершенное правонарушение (Е.Е. Рязанов). Диссертант полагает, что это мнение заслуживает серьезного внимания в силу того, что предлагает решение крайне острого дискуссионного вопроса о понимании гражданско-правовой ответственности, равно как и вопроса о

трактовке соотношения ответственности и защиты в гражданском праве. Исследование литературы, посвященной проблемам ответственности, показывает, что вот уже на протяжении многих лет ряд цивилистов предпринимает попытки отстоять свое специфическое понимание ответственности в гражданском праве, которое коренным образом отличается от ответственности в публичном праве. Диссертант приходит к выводу о том, что российскому юридическому научному сообществу следует поддержать упомянутый новый взгляд на ответственность в частном праве и конвенциональным образом решить данный вопрос. Это решение, по мнению диссертанта, должно включать признание следующих положений: 1) гражданско-правовая ответственность покоится на общих положениях, разработанных в общей теории права: противоправности деяния, вине правонарушителя, причинной связи между деянием и наступившим вредом; 2) гражданско-правовая ответственность есть выражение осуждения правонарушителя со стороны общества и государства; 3) гражданско-правовая ответственность наступает только за нарушение публичных интересов; 4) меры, традиционно относимые в доктрине к мерам гражданско-правовой ответственности (возмещение убытков, неустойка и проч.), представляют собой не меры гражданско-правовой ответственности, а меры гражданско-правовой защиты.

По результатам исследования предложено разграничивать гражданско-правовую защиту и гражданско-правовую ответственность по критерию цели. Применение мер гражданско-правовой защиты преследует цель обеспечения интересов частных лиц; применение мер гражданско-правовой ответственности преследует цель обеспечения публичных интересов.

**Глава четвертая «Формы функционирования механизма гражданско-правовой защиты»** включает три параграфа. В ней обосновываются положения о специфике функционирования механизма гражданско-правовой защиты в зависимости от вида охранительного правоотношения, в рамках которого она осуществляется, а также о необходимости классификации таких правоотношений по содержанию. Предлагается выделять по указанному критерию три вида охранительных гражданских правоотношений: 1) исковые правоотношения; 2) секундарные правоотношения; 3) правоотношения по самозащите.

В первом параграфе «Исковые правоотношения» исковое право квалифицировано как гражданско-правовая категория: 1) право на иск возникает у заинтересованного лица с момента нарушения или оспаривания его права и не зависит от факта предъявления иска; 2) такое право возникает на основе гражданско-правовых норм; 3) его целью является получение у суда защиты своих нарушенных или оспариваемых прав и правовых интересов. Первое положение подтверждается толкованием ст. 195, 199 и 200 ГК РФ, согласно которым право на защиту возникает со дня, когда лицо узнало или должно было узнать о нарушении своего права, между тем как

требование о защите нарушенного права принимается к рассмотрению судом независимо от истечения срока исковой давности. Второе положение обосновывается целым рядом законодательных правил, закрепленных, напр., в ст. 15, 151, 330, 1064 ГК РФ. Третье положение базируется на п. 1 ст. 11 ГК РФ, согласно которому защиту нарушенных или оспоренных гражданских прав осуществляет суд, и ст. 12 ГК РФ, устанавливающей, что судебная защита осуществляется путем признания права, восстановления положения, существовавшего до нарушения права, присуждения к исполнению обязанности в натуре, возмещения убытков, взыскания неустойки, компенсации морального вреда, прекращения или изменения правоотношения и т.д. Следовательно, исковое право можно трактовать как возможность правообладателя получить у суда защиту своих нарушенных или оспоренных прав тем или иным предусмотренным законом способом. При осуществлении защиты суд применяет к нарушителю принудительные меры, что свидетельствует о способности искового права быть осуществленным принудительным путем.

Исследуются следующие аспекты проблемы: 1) определение права на иск; 2) трактовка в доктрине свойства принудительности искового права; 3) вопрос о составе (содержании) субъективного гражданского права; 4) вопрос о возможных способах осуществления права на иск.

Отмечается, что категория «право требования» отражает возможность управомоченного лица получить «чужие действия», т.е. действия обязанного лица, требуемые для удовлетворения собственного интереса. Наиболее явно правомочие требования обнаруживается в правоотношениях активного типа, в состав которых входит относительное субъективное право. В связи с этим в содержании последнего некоторые ученые выделяют только лишь правомочие требования. Проанализировав взгляды сторонников такого понимания относительного субъективного права (Л. Эннекцера, И.Б. Новицкого, В.Ф. Яковлева и др.), диссертант признает следующие высказанные в литературе положения: 1) право требования представляет собой возможность получения тех действий должника, которые реализуют это право; 2) в числе таких действий отсутствует какое-либо действие самого управомоченного, так как он неспособен своим поведением реализовать свое же право требования; 3) если какие-либо действия не входят в структуру реализации права, они не могут признаваться элементами его содержания, т.е. правомочиями. Сказанное иллюстрируется на примере договора купли-продажи, согласно которому у продавца имеется регулятивное право требования оплаты товара в установленный срок, а у покупателя – обязанность произвести оплату (п. 1 ст. 454, п. 1 ст. 486 ГК РФ). Иными словами, у продавца имеется «*право на чужие действия*» (в данном случае – действия покупателя), т.е. *возможность*, которая обеспечивает своему носителю должное поведение обязанного лица. Именно эта возможность и составляет регулятивное гражданское субъективное право требования

оплаты товара в определенный срок. Никакой иной возможности удовлетворить свой интерес в получении денег за товар возникшее из договора купли-продажи право продавцу не дает. Если покупатель просрочил оплату, т.е. не совершил в срок требуемых действий, то возможность, составлявшая указанное регулятивное право требования, осталась нереализованной, утратила свою сферу актуализации, не перешла в действительность, попросту исчезла. Следовательно, прекратило свое существование и регулятивное право требования. На основе этого диссертант признает, что в ряде случаев относительное субъективное гражданское право сводится к правомочию требования, осуществление которого полностью удовлетворяет интерес управомоченного лица. В таком субъективном праве нет места для правомочия на собственные положительные действия в силу бесполезности последних. Показывается ошибочность взгляда, согласно которому состав охранительного субъективного права в обязательном порядке включает в себя два правомочия – на собственные действия и требования. Подвергается критике трактовка правомочия на свое поведение применительно к праву кредитора в качестве возможности «заявить требование» должнику, а также включение наряду с правомочием требования и правомочия на собственные действия во все виды исковых притязаний: исполнительные, преобразовательные и установительные. Отмечается, что попытки отыскать в каждом субъективном гражданском праве правомочие на собственные действия могут привести к искусственному «втискиванию» в состав обязательственного субъективного права в качестве такого правомочия возможности любого действия управомоченного лица, в той или иной мере связанного с имеющимся у него правом. Высказывается мнение, что о возможности заявить требование должнику как о правомочии следует говорить только в тех случаях, когда закон или договор предусматривают подобный акт в качестве необходимого условия исполнения обязательства (напр., абз. 2 п. 2 ст. 314).

Обосновывается вывод о том, что признание правомочия требования правом на «чужие действия», состоящим в возможности управомоченного получить «чужое поведение», требуемое для удовлетворения собственного интереса, позволяет утверждать, что это правомочие исчерпывает все возможности, заложенные в охранительном субъективном гражданском праве на иск. Следовательно, право на иск (притязание) не может содержать правомочия на собственные действия. Оно содержит только правомочие требования, которое заключается в возможности управомоченного лица получить у суда принудительную защиту своих нарушенных субъективных прав или правовых интересов. На основе критики подходов М.А. Гурвича о переходе качества субъективного гражданского права в результате правонарушения в особое, «боевое» состояние и о стадиях существования права требования выяснена возможность описания права требования в терминах «активизированное» и «неактивизированное». Диссертант

отмечает, что с известной долей условности данный термин можно применять для описания права требования, но при этом не следует забывать, что речь идет об определенной *возможности*, некоей «потенциальной реальности (действительности)». Получив положительный ответ на поставленный вопрос, диссертант устанавливает, связана ли такая «активизация» с правонарушением или, иными словами, может ли правонарушение «активизировать» право требования, привести к его «зрелости», сделать его «пригодным к осуществлению». Учитывая, что существо права требования заключается в том, что оно дает управомоченному лицу *возможность* получения «чужих действий», т.е. действий обязанного лица, а также и то, что возможность – это то, «что может быть, но чего еще нет», нечто, пребывающее в будущем, еще не ставшее действительностью, диссертант анализирует философское положение о том, что действительность есть актуальное бытие, а возможность – потенциальное. На основе проведенного анализа диссертант приходит к выводу: право требования есть только потенциальное бытие, поскольку, будучи осуществленным, оно перестает быть возможностью, а становится действительностью. Но, коль скоро правом требования называется как то, что только еще возникло после заключения договора, так и то, что уже осуществлено должником, диссертант приходит к выводу, что в существовании права требования условно можно выделить некие стадии: стадию существования в «чистом виде», т.е. в виде возможности (в виде потенциального бытия), и стадию существования в «осуществленном виде», т.е. в виде действительности (в виде актуального бытия). До определенного момента регулятивное право требования является «неактивизированным», «негодным к немедленному осуществлению» (является «возможностью в чистом виде»), так как для этого не наступили необходимые условия. Однако эти условия – отнюдь не правонарушение, а например, наступление срока исполнения обязанности. Так, в приведенном примере право требования оплаты товара до наступления срока оплаты неактивно. Это первая стадия. В момент наступления этого срока оно активизируется и делается годным к осуществлению. Это вторая стадия. При нормальном, бесконфликтном развитии отношений именно на этой стадии должник выполняет требуемые действия, т.е. осуществляет право требования, которое переходит из разряда возможного в разряд действительного, в результате чего правоотношение прекращается, а вместе с ним прекращаются и составлявшие его право и обязанность. Однако возможность может и не стать действительностью. Такая ситуация возникает, когда должник не исполняет требуемого действия, т.е. совершает правонарушение. В этом случае отношения сторон приобретают конфликтный характер. Что же в этом случае происходит с регулятивным правом требования и корреспондирующей ему гражданско-правовой обязанностью должника? Они прекращаются. Право требования прекращается, поскольку составлявшая его возможность осталась

нереализованной и не перешла в действительность. Обязанность же прекращается потому, что она могла быть исполнена только в результате добровольного волевого акта обязанного лица, а последний этого акта не совершил, избрав путь неисполнения обязанности. Здесь диссертант подходит к поставленному вопросу: может ли правонарушение «активизировать» право требования, привести в «особое состояние», сделать его «пригодным к осуществлению»? И обосновывает отрицательный ответ. Поскольку регулятивное право требования прекратилось, оно уже не может иметь какого-либо особого, «боевого» состояния; приобрести «напряженный», «активизированный» характер; не может иметь какого-либо «момента развития», как и самого развития. Далее отмечается: если мы остановимся на этом моменте, то должны будем признать, что интерес управомоченного лица остался неудовлетворенным. Между тем закон гарантирует лицу, потерпевшему от правонарушения, удовлетворение его интереса, предусматривая для этого различные способы защиты. Следовательно, совершение обязанным лицом правонарушения приводит к возникновению у управомоченного нового права – права на защиту. Это новое право заключается в требовании *принуждения должника к совершению требуемых действий*; оно и является правом на иск.

Отмечается, что, коль скоро правомочие требования должно обеспечивать своему носителю определенное поведение на стороне обязанных лиц, его необходимо предъявлять тому, кто способен обеспечить такое поведение. Очевидно, что должник, совершив правонарушение, отказался предоставить управомоченному лицу это самое «определенное поведение». Поэтому заявление требования должнику после правонарушения лишено смысла. Обеспечить требуемое поведение должника в такой ситуации способен только суд, применив принудительные меры к должнику. Следовательно, требование управомоченного лица заявляется суду.

Рассматривается вопрос о возможных способах осуществления права на иск и анализируется трактовка принуждения в качестве одного из возможных способов осуществления исковых притязаний, поскольку притязание наряду со способностью к принудительному осуществлению обладает также и «способностью осуществляться добровольными действиями обязанного лица» (Е.А. Крашенинников). Диссертант не соглашается с этим утверждением и отмечает, что у кредитора после наступления такого юридического факта, как правонарушение, возникло право на иск, т.е. право принудительно осуществить свое требование через суд. С этого момента должник попадает в сферу принудительности. Обосновывается, что все действия должника охватываются дихотомией «свободные действия» – «несвободные действия». До того момента, пока должник не совершил правонарушения, он находился в области *возможности свободных действий* и мог добровольно исполнить лежащую на нем обязанность. После возникновения права на иск должник выходит из

области *возможности свободных действий* и попадает в область *возможности несвободных действий*, т.е. действий, совершаемых вследствие применения принуждения или под угрозой применения принуждения. В этой связи диссертант признает несостоятельным утверждение о том, что угроза применения принуждения существует в регулятивном правоотношении. Формулируется вывод о том, что гражданско-правовые меры принуждения, получающие возможность реального осуществления с момента возникновения права на иск, не оставляют лицу возможности действовать добровольно.

Выясняется вопрос о субстанции, противостоящей праву на иск. Отмечается, что в доктрине едва ли не безоговорочно признается следующий тезис: в охранительном правоотношении, равно как и в любом ином, охранительному субъективному праву корреспондирует обязанность должника. Согласно такому подходу в общей теории права сложилось понимание трех основных форм существования обязанности: 1) в виде совершения действий (активное поведение); 2) в виде воздержания от действий (пассивное поведение); 3) в виде претерпевания ограничений в правах личного, имущественного или организационного характера. Проводится лингвистический анализ глаголов «делать» («действовать»), «не делать» («бездействовать») и «претерпевать», а также отглагольных существительных «действие», «бездействие» и «претерпевание». Исходя из того, что глаголы «действие» и «бездействие» означают **действие** по соответствующему глаголу, в то время как «претерпевание» означает **состояние** по глаголу «претерпевать», в диссертации обосновывается вывод о том, что «действие» и «бездействие» отличаются от претерпевания в той же мере, в какой действие объекта отличается от его состояния. Указывается, что в тех случаях, когда речь идет о таком объекте, как человек, рассматриваемое отличие следует проводить с учетом проявления воли, ибо и действие, и бездействие характеризуются волевым моментом. Отмечается, что состояние может быть либо связано с волевым моментом, либо не связано. Оно характеризует определенное положение лица, наличие у него тех или иных свойств (как волевых, так и неволевых). В первом случае речь идет о положении субъекта, в котором он может регулировать свои действия волевым решением, во втором – о положении, в котором он такую регуляцию осуществлять не может. И в первом, и во втором случаях состояние означает некую специфическую форму реализации бытия, фиксирующую «момент устойчивости... в некоторый данный момент времени при определенных условиях» (А.Л. Симанов). Делается вывод, что претерпевание отражает состояние субъекта, в котором он находится в условиях, не дающих ему свободы выбора, лишаящих его возможности осуществить волевою регуляцию поведения. На основе этого диссертант заключает, что в случаях применения принуждения на стороне пассивного субъекта имеется принятие оказываемого на него воздействия, т.е. претерпевание, которое не может

трактоваться в качестве обязанности. Формулируется вывод о том, что в исковых правоотношениях отсутствует обязанность должника; он пребывает в состоянии принятия оказываемого на него воздействия.

Между тем состояние нахождения правонарушителя под принуждением способно обеспечить защиту прав и интересов управомоченного субъекта только в том случае, если, находясь под принуждением, правонарушитель выполнит требуемое действие, чего он может и не сделать. Управомоченный же не способен реализовать своими действиями такое свойство права на иск, как способность к принудительной реализации. Принуждение в рамках этого вида охранительных правоотношений осуществляется судом; именно суд, вынося решение о принудительном удовлетворении требований управомоченного лица, содействуют последнему в получении защиты. Более того, суд наделен обязанностью предоставить потерпевшему защиту (В.Н. Щеглов).

Формулируются выводы о содержании искового правоотношения, а также об ошибочности трактовки претерпевания в качестве обязанности.

Во *втором параграфе «Секундарные правоотношения»* данные правоотношения рассмотрены как включающие в свое содержание права на совершение односторонних юридических действий управомоченным лицом и соответствующие им формы поведения пассивного субъекта правоотношения.

Специфика прав на односторонние действия заключается в том, что их содержание сводится к возможности совершить одностороннее волеизъявление, которое автоматически порождает обязательные юридические последствия. Автоматическое же порождение правовых последствий означает их возникновение независимо от действий либо бездействия каких-либо других лиц, исключительно в результате действий самого правообладателя.

Исследуются дискуссионные вопросы, связанные с выделением в составе прав на односторонние действия двух правомочий – правомочия на собственные положительные действия и правомочия требования, а в составе правоотношения, включающего указанные права, – охранительной юридической обязанности, содержание которой образует *необходимость претерпевания* обязанным лицом действий управомоченного по защите своего регулятивного субъективного права или правового интереса. Это мнение подвергается критике. Указывается, что требование представляет собой веление к воле обязанного лица, в то время как права на совершение односторонних действий реализуются независимо от воли пассивной стороны правоотношения действиями самого правообладателя. Поскольку осуществление права на совершение односторонних действий автоматически достигается действиями управомоченного, у последнего не возникает необходимости заявлять пассивной стороне правоотношения какие-либо требования.



Оспаривается мнение о существовании в рассматриваемом правоотношении обязанности, содержание которой образует *необходимость претерпевания* обязанным лицом действий управомоченного. Исходя из обоснованного в предыдущем параграфе вывода о том, что претерпевание не может трактоваться в качестве обязанности, диссертант констатирует: ни к действию, ни к бездействию претерпевание пассивную сторону правоотношения не обязывает. На основе изложенного формулируется вывод о том, что субъективные гражданские права на совершение односторонних действий исчерпываются одним единственным правомочием – возможностью совершения положительных юридических действий самим управомоченным лицом. Предлагается понимать под охранительным гражданским правоотношением рассматриваемого вида правоотношение, которое складывается из субъективного гражданского права на совершение одностороннего юридического действия и состояния связанности пассивного субъекта правоотношения юридическими последствиями действий управомоченного лица.

Подвергается критике мнение о том, что следует различать охранительные и регулятивные субъективные гражданские права на совершение односторонних действий. Обосновывается несостоятельность данных представлений, поскольку их сторонники не обозначают критерия, которым следует руководствоваться при осуществлении такого разделения. Отмечается, что в гражданско-правовой доктрине охранительный характер признается не только за правом отказаться от договора в связи с его нарушением другой стороной, но и за правом отказаться от договора независимо от его нарушения контрагентом. Указывается, что законодатель в определенных случаях отступает от принципа равенства субъектов и дает одному из них возможность односторонним волеизъявлением повлиять на взаимоотношения с другим лицом, т.е. некоторые преимущества по сравнению с контрагентом. Данное законодательное решение объясняется потребностями защиты интересов субъекта, имеющего указанные преимущества. Анализируется мнение о предпочтительности интереса субъекта одностороннего волеизъявления «по общественным соображениям» (Б.Б. Черепакхин). Отмечается, что такими общественными соображениями, побуждающими законодателя предоставлять одному из субъектов возможность влиять на правовую сферу других лиц независимо от волеизъявления последних, могут служить только значимые правовые цели, в числе которых находится и цель предотвращения или разрешения возникающих в социуме конфликтов.

Аргументируется вывод о том, что *любое* гражданское правоотношение, образуемое субъективным правом на совершение одностороннего юридического действия и такой юридической формой, опосредующей поведение пассивного субъекта правоотношения, как *необходимость претерпевания* юридических последствий действий

управомоченного лица по осуществлению права, является *охранительным гражданским правоотношением*.

Исследуется существо вторичных прав и правоотношений. Обосновывается положение о том, что вторичные правоотношения представляют собой охранительные гражданские правоотношения, состоящие из субъективного права на совершение одностороннего юридического действия и необходимости претерпевания пассивным субъектом правоотношения юридических последствий действий управомоченного лица, осуществляемых в целях защиты права. Подтверждением данного вывода выступает тождественность содержания и свойств таких правоотношений. Формулируется общий вывод о том, что *всякое вторичное правоотношение является охранительным гражданским правоотношением*.

В *третьем параграфе «Правоотношения по самозащите»* указанные правоотношения рассмотрены как те, которые включают в свое содержание права на совершение односторонних фактических действий управомоченным лицом и соответствующие им формы поведения пассивного субъекта правоотношения.

Проводится анализ литературы по теме самозащиты и выделяются интересующие диссертанта спорные вопросы проблемы: 1) о характере действий управомоченного лица при осуществлении самозащиты; 2) о роли принуждения при осуществлении самозащиты; 3) о содержании правоотношения, оформляющего отношения по самозащите. Отмечается, что решение вопроса о характере действий управомоченного лица в пользу разграничения таких действий на юридические и фактические имеет для проводимого исследования принципиальное значение, поскольку подтверждает вывод о необходимости различения вторичных правоотношений и правоотношений по самозащите. Исследуются обозначенные в литературе две точки зрения относительно соотношения юридических и фактических действий. Одни ученые в качестве определяющего самозащиту признака называют *характер действий управомоченного лица*, признают самозащитой только *действия фактического характера* и приходят к выводу, что применение самозащиты возможно только во внедоговорных отношениях. Другие, напротив, полагают, что главным в определении самозащиты является *самостоятельность* действий управомоченного лица, осуществление их своими силами, без обращения за содействием к компетентным государственным органам, вследствие чего признают самозащитой *любые действия управомоченного, как фактического, так и юридического характера*. Данные ученые не видят препятствий для признания самозащитой также и действий в рамках договорных отношений. Сторонники первого подхода обосновывают свою позицию, исходя из тезиса о *качественном различии* юридических и фактических действий. Качественная

неоднородность таких действий обусловлена, во-первых, *целями* данных действий, во-вторых, характером их *правовых последствий*. Первые имеют своей целью изменение правового положения лица; они влекут определенные правовые последствия, вследствие чего являются действиями юридического порядка. Вторые направлены на личность правонарушителя и его имущество, связаны с физическим воздействием на него, не преследуют юридических целей и не влекут изменения правового положения лица, в отношении которого осуществляются. Соответственно этому фактические действия признаются квалифицирующим признаком самозащиты, в то время как юридические – односторонних действий управомоченного лица, осуществляемых в договорных правоотношениях и направленных на изменение правового положения должника. Согласно второму подходу противопоставление юридических действий является необоснованным, так как «использование терминов “юридические” и “фактические” действия лишь утяжеляет понятие самозащиты, не привнося ничего нового, поскольку оба эти термина охватываются одним общим – “действия”, известным и понятным всем» (Г.А. Сverdлык, Э.Л. Страунинг). Диссертант полагает, что правы те авторы, которые указанные действия различают, и приводит аргументацию в пользу такого вывода, отмечая, в частности, что фактическое взаимодействие субъектов при осуществлении управомоченным лицом самозащиты не подвергается детальной законодательной регламентации прав и получает правовую оценку только в случаях, когда «самозащищающийся» выйдет за установленные законом пределы и причинит вред больший, чем тот, который он предотвратил. Формулируется вывод о необходимости разграничения юридических и фактических действий, а также признании взгляда, согласно которому самозащита возможна только во внедоговорных отношениях. Подчеркивается, что самозащита исчерпывается институтами необходимой обороны (ст. 1066 ГК РФ) и крайней необходимости (ст. 1067 ГК РФ).

Обращаясь к вопросу о роли принуждения при осуществлении самозащиты, диссертант отмечает, что указание на возможность применить физическое принуждение в рамках отношений по самозащите является немаловажным, поскольку только юридические действия могут быть осуществлены управомоченным лицом беспрепятственно, *автоматически* вызывая необходимые последствия. Совершение же управомоченным лицом фактических действий, напротив, всегда может встретить сопротивление со стороны пассивного субъекта правоотношения. Но, коль скоро речь идет об имевших место необходимой обороне и крайней необходимости, диссертант признает, что осуществление последних оказалось возможным именно благодаря эффективности примененного управомоченным лицом принуждения, возобладавшего над «силой» пассивной стороны правоотношения по самозащите.

Третий из обозначенных вопросов, имеющий существенное значение как для понимания самозащиты, так и для понимания функционирования механизма гражданско-правовой защиты в рамках рассматриваемого правоотношения, касается содержания данного правоотношения.

Проводится анализ литературы, посвященной самозащите, и выделяются подходы к решению вопроса об элементном составе охранительного гражданского правоотношения, опосредующего ее применение. В соответствии с первым подходом субъективное гражданское право на самозащиту является одним из видов прав на совершение односторонних действий, складывается из двух правомочий (правомочия на совершение односторонних действий самим управомоченным и правомочия требования) и обеспечивается охранительной субъективной обязанностью, содержание которой составляет необходимость претерпевания обязанным лицом односторонних действий управомоченного по защите своего регулятивного субъективного права или правового интереса. Данная позиция подвергается критике. Исходя из того, что управомоченный достигает удовлетворения своего интереса при помощи собственных фактических действий принудительного характера, диссертант приходит к выводу, что необходимость заявлять какие-либо требования обязанному лицу отсутствует. При этом следует учитывать, что право на самозащиту реализуется в экстремальной ситуации, когда управомоченному необходимо отразить начавшееся нападение, сопряженное с насилием, опасным для жизни обороняющегося, или с непосредственной угрозой применения такого насилия (п. 1 ст. 37 УК РФ), либо принять экстренные меры для устранения опасности, угрожающей управомоченному или другим лицам, если эта опасность при данных обстоятельствах не могла быть устранена иными средствами (ст. 1067 ГК РФ). В первом случае (при необходимой обороне) управомоченный лишен возможности заявлять какие-либо требования нападающему и закон этого не требует. Во втором случае (при крайней необходимости) реальная возможность заявления каких-либо «требований», которые мог «заявить» управомоченный, но не заявил, будет рассматриваться как возможность устранения опасности иными средствами, а причинение вреда в такой ситуации не будет расцениваться как действия, совершенные в состоянии крайней необходимости. Рассматривается классический пример действий в состоянии крайней необходимости. Водитель, увидевший на проезжей части пешехода, переходящего дорогу в неположенном месте, попытался затормозить, но обнаружил отказ тормозной системы автомобиля. Чтобы избежать гибели или телесных повреждений пешехода, водитель направил автомобиль в бампер припаркованной на обочине машины, чем нанес материальный ущерб ее владельцу. Диссертант задает вопрос, какие и кому управомоченный должен «заявлять требования» в такой ситуации, и замечает, что ответ очевиден. Оспаривается также второй подход, согласно которому право на самозащиту есть секундарное правомочие. Согласно

данной позиции правоотношение по самозащите складывается только из права управомоченного лица, т.е. возможности в одностороннем порядке отразить, пресечь возможность причинения вреда, а также восстановить прежнее положение, условием возникновения которой является нарушение или реальная угроза нарушения его гражданских прав или правовых интересов. Диссертант не соглашается с такой трактовкой и указывает, что правоотношение всегда представляет собой *правовую связь* субъектов, каждому из которых присуща определенная *форма поведения*. В силу этого содержание правоотношения не может состоять только лишь из одного права; его всегда уравнивает либо возможность (т.е. обязанность), либо необходимость (т.е. претерпевание) на стороне пассивного субъекта.

Не поддерживает диссертант и третий подход, согласно которому правоотношения, связанные с самозащитой гражданских прав и правовых интересов, слагаются из субъективного гражданского права на совершение фактических действий и субъективной гражданской обязанности не препятствовать совершению управомоченным данных действий.

Выявляются особенности осуществления субъективных прав, опосредующих возможность совершения управомоченным лицом действий фактического характера, на основе которых диссертант признает не соответствующими действительности: 1) утверждения о том, что право на самозащиту складывается из двух правомочий (правомочия на совершение односторонних действий самим управомоченным и правомочия требования); 2) утверждения о том, что субъективному праву на самозащиту корреспондирует так называемая охранительная обязанность, содержание которой составляет *необходимость претерпевания* обязанным лицом действий управомоченного по осуществлению права; 3) утверждения о том, что право на самозащиту представляет собой секундарное правомочие; 4) утверждения о том, что содержание правоотношения по самозащите состоит только из субъективного права на самозащиту; 5) утверждения о том, что субъективному гражданскому праву на совершение фактических действий в правоотношениях по самозащите противостоит субъективная гражданская обязанность не препятствовать совершению управомоченным данных действий.

Отмечается, что между сторонами рассматриваемого вида правоотношений устанавливается правовая связь, в рамках которой активной стороне принадлежит субъективное право на самозащиту, предоставленное ей ст. 14 ГК РФ и обеспеченное общим запретом на совершение противоправных действий. Другая же сторона в силу этого запрета находится в состоянии отсутствия права (состоянии неправа). Между тем само по себе состояние неправа не дает ответа на вопрос о форме поведения пассивного субъекта, равно как и не проясняет вопроса о том, почему данное правоотношение следует рассматривать в качестве разновидности охранительных гражданских правоотношений. Другими словами, оно не

объясняет, чем обуславливается выполнение такими правоотношениями охранительной функции; каким образом обеспечивается беспрепятственность, гарантированность удовлетворения интересов управомоченных лиц в этих правоотношениях.

Формулируется вывод о том, что механизм, обеспечивающий беспрепятственность удовлетворения интереса управомоченного лица в рамках гражданских правоотношений по самозащите, во многом аналогичен механизму, предоопределяющему независимость удовлетворения интереса управомоченного от воли обязанного лица в исковых правоотношениях. Родственность этих правоотношений проявляется в том, что выполнение ими охранительной функции обуславливается *возможностью принудительного воздействия* на пассивного субъекта правоотношения. Ключевым же различием рассматриваемых правоотношений является то, что если в правоотношениях, опосредующих применение мер самозащиты, *принудительное воздействие осуществляется управомоченным*, то в правоотношениях, элементом содержания которых являются иски, *принудительное воздействие исходит от государства*. Иными словами, в первом случае имеет место частное (негосударственное) принуждение, во втором – публичное (государственное) принуждение. Исходя из обоснованного в диссертации положения, согласно которому лицо, находящееся под принуждением, вынуждено действовать не по своей воле, а по воле принуждающего субъекта, диссертант подчеркивает, что такое лицо не в состоянии препятствовать управомоченному именно в силу того, что его воля «снимается» и он подчиняется принуждению, т.е. находится в состоянии претерпевания. Формулируется вывод о том, что содержание правоотношения, в рамках которого осуществляется самозащита гражданских прав, представлено субъективным правом на совершение фактических действий и соответствующей ему формой поведения пассивного субъекта правоотношения, выражающейся в претерпевании.

В *заключении* подводятся итоги исследования и излагаются наиболее важные выводы и положения, обоснованные в диссертации.

### **Основные положения диссертации опубликованы:**

#### **I. В рецензируемых научных изданиях, рекомендованных Высшей аттестационной комиссией при Министерстве образования и науки Российской Федерации:**

1. Мильков, А.В. О характере действий по самозащите гражданских прав / А.В. Мильков // Российское правосудие. – 2015. – № 1 (105). – С. 13-19. (0,4 п.л.)

2. Мильков, А.В. О трактовке права на защиту / А.В. Мильков // Вестник Федерального арбитражного суда Северо-Кавказского округа. – 2014. – № 2. – С. 76-80. (0,3 п.л.)
3. Мильков, А.В. К вопросу о содержании права на иск / А.В. Мильков // Судебная практика в Западной Сибири. – 2014. – № 1. – С. 106-113. (0,4 п.л.)
4. Мильков, А.В. О способности права на иск к принудительному осуществлению / А.В. Мильков // Вестник Федерального арбитражного суда Московского округа. – 2014. – № 1. – С. 81-85. (0,2 п.л.)
5. Мильков, А.В. О подходах к разграничению понятий «гражданско-правовая защита» и «гражданско-правовая ответственность» / А.В. Мильков // Закон. – 2013. – № 7. – С. 142-149. (0,6 п.л.)
6. Мильков, А.В. К вопросу о строении системы механизма правового регулирования / А.В. Мильков // Вестник Федерального арбитражного суда Северо-Кавказского округа. – 2013. – № 3 (13). – С. 80-87. (0,3 п.л.)
7. Мильков, А.В. О системном исследовании механизма правового регулирования / А.В. Мильков // Судебная практика в Западной Сибири. – 2013. – № 2. – С. 97-108. (0,6 п.л.)
8. Мильков, А.В. К вопросу о механизме правового регулирования / А.В. Мильков // Закон. – 2012. – № 3. – С. 147-151. (0,3 п.л.)
9. Мильков, А.В. О категориях «механизм правового регулирования» и «механизм гражданско-правовой защиты» / А.В. Мильков // Вестник Федерального арбитражного суда Северо-Кавказского округа. – 2012. – № 2 (8). – С. 104-111. (0,4 п.л.)
10. Мильков, А.В. О дефиниции понятия «защита права». Критическое осмысление позиций, изложенных в современной правовой литературе / А.В. Мильков // Вестник Федерального арбитражного суда Московского округа. – 2012. – № 1. – С. 94-101. (0,5 п.л.)
11. Мильков, А.В. К вопросу о понятии защиты права / А.В. Мильков // Российская юстиция. – 2011. – № 5. – С. 46-48. (0,2 п.л.)
12. Мильков, А.В. К вопросу о понимании юридических конструкций / А.В. Мильков // Пробелы в российском законодательстве. – 2011. – № 3. – С. 114-118. (0,5 п.л.)
13. Мильков, А.В. К вопросу о соотношении понятий «защита права» и «охрана права» / А.В. Мильков // Закон. – 2010. – № 11. – С. 99-106. (0,6 п.л.)
14. Мильков, А.В. К вопросу о субъективном гражданском праве на самозащиту / А.В. Мильков // «Черные дыры» в российском законодательстве. – 2009. – № 6. – С. 191-193. (0,2 п.л.)
15. Мильков, А.В. К вопросу о применении термина «правовые средства» / А.В. Мильков // Арбитражный и гражданский процесс. – 2008. – № 12. – С. 44-46. (0,2 п.л.)

16. Мильков, А.В. К определению понятия «правовые средства» / А.В. Мильков // «Черные дыры» в российском законодательстве. – 2008. – № 6. – С. 29-31. (0,3 п.л.)

## **II. Монографии:**

17. Мильков, А.В. Методологические основы исследования защиты в гражданском праве: монография / А.В. Мильков. – М.: ООО «Редакция журнала «ЗАКОН», 2013. – 120 с. (4,4 п.л.)

18. Мильков, А.В. Защита гражданских прав в цивилистической доктрине: монография / А.В. Мильков. – М.: Издательская группа «ЗАКОН», 2012. – 72 с. (2,5 п.л.)

19. Мильков, А.В. Зарождение гражданско-правовой защиты: научный очерк / А.В. Мильков. – М.: Издательская группа «ЗАКОН», 2012. – 32 с. (1,0 п.л.)

## **III. Работы в иных научных изданиях:**

20. Мильков, А.В. Об использовании термина «меры защиты» в юридической литературе / А.В. Мильков // Защита частных прав: проблемы теории и практики: Материалы II ежегодной международной научно-практической конференции (г. Иркутск, 20-21 июня 2013 г.) / под ред. Н.П. Асланян, Ю.В. Виниченко. – Иркутск: Изд-во БГУЭП, 2013. – С. 79-85. (0,3 п.л.)

21. Мильков, А.В. О классификации правовых норм на регулятивные и охранительные и строении правовой нормы / А.В. Мильков // Роль частного права в модернизации российской экономики: Материалы Международной научно-практической конференции (г. Уфа, 23 апреля 2013 г.) / отв. ред. Е.М. Тужилова-Орданская. – Уфа: РИЦ БашГУ, 2013. – С. 180-187. (0,3 п.л.)

22. Мильков, А.В. О классификации гражданских правоотношений, включающих права на совершение односторонних действий / А.В. Мильков // Защита частных прав: проблемы теории и практики: Материалы международной научно-практической конференции (г. Иркутск, 20-21 апреля 2012 г.) / отв. ред. Н.П. Асланян. – Иркутск: Изд-во БГУЭП, 2012. – С. 75-80. (0,2 п.л.)

23. Мильков, А.В. К вопросу об охранительных правах на совершение односторонних действий / А.В. Мильков // Второй Пермский конгресс ученых-юристов: Материалы международной научно-практической конференции (г. Пермь, Пермский государственный национальный исследовательский университет, 28-29 октября 2011 г.) / отв. ред. О.А. Кузнецова. – Пермь: Пермский государственный национальный исследовательский университет, 2011. – С. 162-164. (0,1 п.л.)



24. Мильков, А.В. Исторические корни понятия защиты в юриспруденции / А.В. Мильков // Адвокатские вести. – 2010. – № 11-12 (121-122). – С. 25-29. (0,3 п.л.)

25. Мильков, А.В. О подходах к определению понятия «защита гражданских прав» / А.В. Мильков // Вестник Федерального арбитражного суда Северо-Кавказского округа. – 2010. – № 2. – С. 78-89. (0,7 п.л.)

26. Мильков, А.В. Дозволение в механизме гражданско-правового регулирования / А.В. Мильков // Судья. – 2009. – № 9 (сентябрь). – С. 47-50. (0,4 п.л.)

27. Мильков, А.В. Заметки к вопросу о разработке теории правовых средств / А.В. Мильков // Пробелы в российском законодательстве. – 2009. – № 1. – С. 43-46. (0,4 п.л.)