

Санкт-Петербургский государственный университет

Направление «Юриспруденция»

Кафедра гражданского права

Использование возражений

Выпускная квалификационная
работа
Студента 2 курса магистратуры
очной формы обучения
Аксенова Александра
Михайловича

Научный руководитель:
доцент, кандидат юридических
наук
Павлов Андрей Анатольевич

Санкт-Петербург
2018 год

Оглавление

Введение.....	3
Раздел I Возражение как юридический факт	
Глава 1 Классификация негативных юридических фактов.....	4-11
Глава 2 Возражение как секундарное право.....	12-25
Раздел II Правовые последствия, связанные с осуществлением возражений	
Глава 3 Правовой эффект возражений до их осуществления.....	26-36
Глава 4 Виды возражений и правовой эффект после их осуществления.....	37- 42
Глава 5 Возражение и неосновательное обогащение, защита должника от односторонних действий кредитора.....	43-50
Заключение.....	51

Введение

Целью данной работы является выделение отличительных признаков возражений в числе других гражданско-правовых явлений, рассмотрение вопросов связанных с возникновением, изменением, прекращением правоотношений, тесно связанных с возражением.

В первой разделе мною описываются негативные юридические факты к числу которых относятся правопрепятствующие, правопогашающие и правосдерживающие. Во второй главе показанные сходства и различия возражений и других секундарных прав.

В третьей главе второго раздела рассматриваются проблемы связанные с предварительной защитой, которую правопорядок может давать должнику, имеющему право выдвинуть возражение. В четвертой главе дана классификация возражений в зависимости от правового эффекта порждаемого их осуществлением.

В пятой главе затронута проблема кондикционными последствиями наличия возражений, а также их обратной силы.

В заключительной шестой главе рассматриваются вопросы, связанные с защитой лица, обладающего возражением от односторонних действий кредитора, направленных на нивелирование защиты, которая предоставляется должнику законом.

Раздел I Возражение как юридический факт

Глава 1 Классификация негативных юридических фактов

Сторонами притязания являются управомоченное и обязанное лицо. В силу притязания управомоченное лицо вправе требовать от обязанного совершения или не совершения определенного действия (§ 194 Германского гражданского уложения). Притязание представляет собой относительное правоотношение, к которому применяются правила о правах требования, постольку поскольку для притязаний отсутствуют специальные законодательные правила¹.

Как отмечал Е.А. Крашенинников: «Притязание обладает способностью быть принудительно реализованным юрисдикционным органом. В этой его определенности заложены два существенных момента: 1) притязание-это не право на принуждение, а право которое может осуществляться в принудительном порядке; 2) принуждение- это не содержание, а один из возможных способов осуществления притязаний²».

Из этого вытекает, что притязание может быть осуществлен как в судебном, так и во вне судебном порядке.

При защите от предъявленного к нему требования обязанное лицо может ссылаться в свою защиту на самые разные обстоятельства. Во- первых, обязаный может утверждать, что право у управомоченного не возникало или было уничтожено с обратной силой. Во-вторых, обязаный может ссылаться на то, что право возникнув, прекратилось на будущее время вследствие наступления тех или иных юридических фактов. В- третьих, обязанное лицо может ссылаться на то, что в силу определенных обстоятельств оно вправе не исполнять существующее и действительное притязание. Для того, чтобы

¹ Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts /begründet von K. Larenz; fortgeführt von M. Wolf. -9., neubearbeitete und erweiterte Auflage. -München :Verlag C. H. Beck, 2004. S.264-265

² Крашенинников, Е.А. Понятие и предмет исковой давности: монография. Ярославль, 1997. С. 11

отделить данные обстоятельства от других юридических фактов, я буду здесь и далее называть их негативными.

В германском гражданском праве существуют разные подходы к классификации негативных юридических фактов. Поскольку наличие возражения и его использование способны затруднить осуществление притязания, возражения можно отнести к негативным юридическим фактам.

В германском гражданском праве негативные юридические факты подразделяются на правопрепятствующие (*rechtshindernde*), правопогашающие (*rechtsvernichtende*), правосдерживающие (*rechtshemmende*). Точки зрения различных авторов расходятся, что приводит к путанице и необходимости терминологических уточнений. В учебнике Карла Ларенца (Karl Larenz) и Манфреда Вольфа (Manfred Wolf) материально-правовые возможности защиты обязанного лица (*авторы разграничили их с процессуально-правовыми по критерию возможности использования вне суда- прим. А.А.*) на материально-правовые возражения (*die Einreden*) и юридические факты, приводящие к невозможности реализации притязания *ipso jure* (*die Einwendungen*)³. Главное отличие состоит в том, что возражения являются субъективным гражданским правом, которое должно быть осуществлено управомоченным для наступления юридических последствий (сдерживание притязания, а также иные предусмотренные законом последствия). Само по себе наличие возражение не препятствует присуждению ответчика к исполнению, если управомоченный не использовал данное право, или если суд не знает о его осуществлении. «*Die Einwendungen*», не являются субъективными гражданскими правами и не требуют осуществления лицом, которому выгодно сослаться на них; если суд

³ В русскоязычной литературе термин *die Einwendung* иногда переводится как протест или процессуальное возражение. Последний перевод является удачным, но лишь отчасти, поскольку в изученных мной источниках он обозначает средства защиты обязанного лица, которые не являются отрицанием оснований иска (то, что фактов, на которых истец обосновывает свое требование не было, или они должны иметь другое значение), а также не могут быть отнесены к доводом ответчика о недоверности/недопустимости доказательств, а также об отсутствии так называемых абсолютных предположений процесса (что ответчик нарушил порядок предъявления иска, подал иск в ненадлежащий суд). Поэтому я буду использовать понятие «процессуальное возражение» для краткости в значении «юридических фактов, приводящих к невозможности реализации притязания *ipso jure*».

счел доказанным их существование, то он учитывает их при вынесении решения ex officio (von Amts wegen beachtet)⁴.

Карл Ларенц относил к правопрепятствующим процессуальным возражениям (rechtshindernde Einwendungen), те на основании которых можно заключить что притязание никогда не возникало. Для притязаний, возникающих на основании сделок, правопрепятствующими юридическими фактами выступают все случаи ничтожности (независимо от того, наступает ли она изначально, либо в результате оспаривания, которое имеет ретроактивный эффект), также недействительности сделки. Здесь надо отметить, что

«Die Unwirksamkeit unterscheidet sich von der Nichtigkeit dadurch, daß sie nicht Rechtsgeschäft als solches betrifft, sondern nur die von ihm ausgehenden Rechtsfolgen, was eine größere Variabilität und Abstufung ermöglicht, indem z.B. nur einzelne Rechtsfolgen nicht eintreten ⁵ ».	«Недействительность отличается от ничтожности тем, что она затрагивает не сделку как таковую, а вытекающие из нее правовые последствия, что делает возможным существование большего разнообразия и оттенков, например вследствие этого могут не наступить лишь отдельные правовые последствия».
--	---

Автор разъясняет этот тезис, приводя в пример случай односторонней недействительности (einseitige Unwirksamkeit), при которой сторона, рассматриваемая правом как более сильная, не может ссылаться на положения договора, отступающие от законодательного регулирования (потребительское законодательство, законодательство о найме жилого помещения). Также к правопрепятствующим процессуальным возражениям относятся случаи недействительности в состоянии подвешенности (schwebende

⁴ Larenz, Wolf Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts S.326-327

⁵ Larenz K., Wolf M. Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts S.328

Unwirksamkeit), например, когда требуемое согласие третьего лица еще не получено.

Для притязаний, возникающих при наличии предусмотренного законом юридического состава правопрепятствующие процессуальные возражения, как писал Карл Ларенц, будут различными для каждого вида притязания. Для деликтных притязаний это может быть крайняя необходимость или необходимая самооборона, для виндикационного притязания управомоченность ответчика на владение вещью⁶.

В качестве правопогашающих процессуальных возражений (rechtsvernichtende⁷ Einwendungen) Карл Ларенц рассматривал какие юридические факты, которые приводили к прекращению однажды возникшего притязания на будущее время. Для всех видов притязаний в качестве таковых рассматриваются исполнение и его суррогаты (предоставление отступного, депонирование, зачет и прощение долга). К общим правопогашающим притязаниям относятся также невозможность исполнения, непропорциональности или недопустимости требования кредитором исполнения.

Не совсем понятно, почему в эту группу попало недопустимое осуществление права требования согласно § 242 Германского гражданского уложения (unzulässige Rechtsausübung nach § 242). Данная норма, дословно говорящая только о действиях должника⁸, рассматривается как устанавливающая начало доброй совести (Treu und Glauben) для обеих сторон обязательственного отношения, поскольку обязанностям должника корреспондируют права кредитора. Если должник должен исполнить

⁶ Larenz K., Wolf M. Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts S.327-328

⁷ Гюнтер Яр (Günter Jahr) относил к правопогашающим фактам (rechtsvernichtende Tatsachen), те факты, на основании которых возникают вторичные права, осуществление которых приводит к уничтожению права безотносительно к тому, имеет ли такой эффект обратную силу (сюда соответственно попали факты приводящие к возникновению права оспаривания, права отступить от договора, право осуществить зачет) Günter Jahr Einrede des bürgerlichen Rechts Juristische Schulung 1964 Heft 4 S.129

⁸ «§ 242. Добросовестное исполнение

Должник обязан осуществлять исполнение добросовестно, как этого требуют обычаи оборота» (здесь и далее цит. по: **Гражданское уложение Германии : Вводный закон к Гражданскому уложению** = Bürgerliches Gesetzbuch Deutschlands mit Einführungsgesetz ; пер. с нем. / [В. Бергманн, введ., сост.]; науч. ред. Т.Ф. Яковлева. – 4-е изд., перераб. – М.: Инфотропик Медиа, 2015. – 888 с.- стр. 63

обязательство добросовестно, то это означает и установление предела для требований кредитора⁹. Злоупотребление правом в подавляющем большинстве случаев не приводит к прекращению субъективного права. Поэтому сказанное К. Ларенцем должно пониматься ограничительно. Правопогашающим процессуальным возражением будет являться такая форма недобросовестного обладания правом, которая приводит к его погашению вследствие длительного неосуществления (Verwirkung)¹⁰.

К специальным (относящимся не ко всем притязаниям) правопогашающим процессуальным возражениям для договорных притязаний автором была отнесена реализация стороной своего права отступить от договора (der Rücktritt) и право отказаться от договора (die Kündigung), поскольку эти права устраняют или модифицируют притязания лишь на будущее время. К специальным правопогашающим процессуальным возражениям были отнесены истечение пресекательных сроков (die Ausschlußfristen), а также утрата обогащения кондикционным должником согласно абзацу 3 § 818 Германского гражданского уложения (der Wegfall der Bereicherung (§ 818 Abs. 3) bei einem Bereicherungsanspruch).

В изученных мною источниках все авторы относят к правосдерживающим юридическим фактам (rechtshemmende Tatsachen) возражения (die Einreden)¹¹. Возражение представляет собой право, направленное против другого права (das Gegenrecht), при осуществлении которого obligated вправе не исполнять требуемое. Если же напротив obligated не пользуется своим возражением, то иск кредитора будет рассматриваться как обоснованный, должник будет присужден к исполнению на основании судебного решения (кредитор также не будет лишен возможности получить исполнение во внесудебном порядке). Особенность возражений

Larenz K., Wolf M. Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts S.284., Новицкий, И.Б. Принцип доброй совести в Проекте обязательственного права (электронный ресурс) // СПС Консультант +

¹⁰ Larenz, Wolf Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts S.296

¹¹ Larenz, Wolf Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts S.329, Brox, Hans Allgemeiner Teil des BGB /H. Brox. -27., neu bearbeit. Aufl. -Köln :Carl Heymanns Verlag,2003. -398 s.-S.301, Günter Jahr Einrede des bürgerlichen Rechts Juristische Schulung 1964 Heft 4 S.129

состоит в том, что они могут ограничивать возможности кредитора по получению удовлетворения уже в силу самого факта наличия у должника возможности выдвинуть возражение. Так, например, § 390 Германского гражданского уложения устанавливает, что «Eine Forderung, der eine Einrede entgegensteht, kann nicht aufgerechnet werden¹²» («Пассивное требование, в отношении которого существует возражение, не может быть зачтено»). Окончательное сдерживание (die Hemmung) притязания кредитора наступит после осуществления должником своего права выдвинуть возражение. Само сдерживание можно охарактеризовать как такое состояние притязания, когда оно существует, но не может быть осуществлено иначе как по воле должника. Подробнее я раскрою данный тезис, когда буду говорить о правовом положении обязанного (должника) и управомоченного (кредитора) до и после осуществления возражения.

В этой связи крайне интересна позиция Карла Ларенца и Манфреда Вольфа, которые относили к правосдерживающим юридическим фактам не только возражения, но и правосдерживающие процессуальные возражения (rechtshemmende Einwendungen). Их особенностью является то, что судья обязан их учитывать ex officio всегда, когда ему становится известно о наличии подобных обстоятельств. Эти обстоятельства могут существовать в отношении притязания и сдерживать его изначально или возникнуть впоследствии. Как и в случае с возражениями исполненное не может быть возвращено в качестве неосновательного обогащения, поскольку правовое основание для этого существует. В качестве примера изначально существующих в отношении притязания процессуальных возражений авторы приводят натуральные обязательства из игр и пари, а в качестве процессуальных возражений, возникающих впоследствии, - случай, указанный в абзаце 1 § 651 g Германского гражданского уложения (если турист заявит о своих претензиях по истечении установленного для этого месячного со дня окончания поездки

¹² http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_390.html

пресекательного срока, то организатор туристической поездки не сможет вернуть в качестве неосновательного обогащения то, что будет передано туристу в счет удовлетворения его требований после истечения пресекательного срока)¹³.

Тот факт, что натуральное обязательство из игр и пари отнесено к правосдерживающим процессуальным возражением, а также то, что должнику не дается возражение может свидетельствовать о том, что правопорядок значительно сокращает усмотрение должника. Должник не вправе отказаться от этой защиты никак иначе, кроме как путем добровольного исполнения. На мой взгляд, если суд увидит, что в основании обязательства лежит игра или пари он должен отказать в иске несмотря ни на какие предшествующие процессу соглашения должника и кредитора. Хотя Карл Ларенц упоминает о том, что в германском гражданском праве недопустимо не только недобросовестное осуществление гражданских прав, но и недобросовестное использование правового положения¹⁴. Вследствие этого недопустима недобросовестная ссылка на правоуничтожающее процессуальное возражение каким является истечение пресекательного срока¹⁵. Если исходить из того, что суд может при вынесении решения не учитывать пропуск пресекательного срока, то логично предположить, что он может не учитывать юридический факт, который приводит к более мягким правовым последствиям, чем правоуничтожающий, при недобросовестной ссылке на него (толкование *a fortiori*). Гипотетически суд в определенных случаях может все-таки отойти от идеи «невынуждаемости» должника к исполнению по натуральному обязательству из игр и пари, когда он приняв в внимание договоренности сторон и их поведение, придет к выводу, что должник не заслуживает защиты. Если придерживаться иной логики, то говорить о том, что толкование *a fortiori* недопустимо, поскольку

¹³ Larenz, Wolf Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts S.328-329

¹⁴ Larenz, Wolf Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts S.284

¹⁵ Larenz, Wolf Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts S.292

пересекательный срок защищает должника, а не публичные интересы. Вопрос требует более углубленного изучения.

Глава 2 Возражение как секундарное право

Как уже указывалось выше, возражение является субъективным гражданским правом, которое требует осуществления для наступления правовых последствий в виде сдерживания притязания.

В Германии оно рассматривается как секундарное право. Это означает, что оно осуществляется посредством односторонней сделки, которая приводит к изменению правоотношения. К возражению по общему правилу должны применяться те же подходы, что и к другим секундарным правам. Они состоят в следующем:

1. Там, где сделка, направленная на реализацию секундарного права, изменяет правовое положение другого лица, она является волеизъявлением, нуждающимся в восприятии¹⁶.

Карл Ларенц пишет, что исключением из необходимости восприятия сделки, направленной на реализацию секундарного права, является осуществление возражения¹⁷. Однако во фрагменте, который призван раскрыть эту идею, речь идет об осуществлении возражения непосредственно в суде¹⁸. Поскольку в процессе участвует либо сам кредитор, либо его процессуальный представитель, а также поскольку сторона должна нести риски своей неявки в судебное заседание, названное противоречие должно решаться в пользу того, что суд является надлежащим местом получения юридически значимого сообщения. Если истец в судебном заседании отсутствует, то это само по себе не должно рассматриваться как непоступление сообщения в его правовую сферу; он имел возможность ознакомиться с содержанием сделанного должником волеизъявления. Таким образом, и осуществление возражения является волеизъявлением, нуждающимся в восприятии.

По общему правилу, то кто совершает волеизъявление, направленное на реализацию секундарного права, не обязан ссылаться в своем волеизъявлении

¹⁶ Larenz, Wolf Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts S.266-267

¹⁷ Larenz, Wolf Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts S.268

¹⁸ Larenz, Wolf Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts S.329

на наличие предпосылок для его возникновения (*der Gestaltungsgrund*). Однако это не снимает с него бремя доказывания их наличия, если другая сторона будет отрицать наличие таких предпосылок, и дело дойдет до процесса¹⁹. Нет оснований полагать, что для возражения действует иное, поскольку в большинстве случаев право выдвинуть возражение возникает у должника в результате действий кредитора. Например, кредитор не торопился предъявлением иска и пропустил срок исковой давности. Или если лицо не исполнило обязательство по оплате издержек, связанных с его вещью, что дало основание другой стороне (ретентору) удерживать находящуюся в его владении вещь. Более того, поскольку должник является наиболее заинтересованным лицом в том, чтобы суд узнал о наличии фактов, свидетельствующих о существовании процессуальных возражений и об осуществлении возражений (которые выступают в качестве негативных предпосылок (*negative Voraussetzungen*) для решения вопроса о присуждении, то он и несет бремя доказывания²⁰. Это обоснованно, поскольку эти обстоятельства в большинстве случаев связаны с действиями должника: он эффективно оспорил, он исполнил долг, он предоставил суррогат исполнения, он выдвинул возражение и так далее.

По мнению Карла Ларенца, особенность возражений состоит в том, что для их осуществление требует не сделочного волеизъявления, а фактического проявления воли (*keine rechtsgeschäftliche Willenserklärung, sondern nur tatsächliche Willensäußerung erfordert*)²¹. Автор отсылает к другому разделу учебника, чтобы продемонстрировать это различие. Там он указывает, что возражение может быть осуществлено конклюдентными действиями. В поясняющем примере он пишет, что в ситуации, когда ответчик ссылается в процессе на то, что право истца прекратилось вследствие длительного

¹⁹ Larenz, Wolf Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts S. 268

²⁰ Larenz, Wolf Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts S.326-327

²¹ Larenz, Wolf Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts S. 268

неосуществления (Verwirkung), то из этого можно вывести его волю сослаться на истекшую исковую давность²².

Это высказывание требует более детального рассмотрения. По всей видимости автор имел в виду, что в случае, когда ссылка ответчика на правопогашающее процессуальное возражение не будет принята судом, суд тем не менее должен рассматривать данное волеизъявление как осуществление возражения. Эта позиция основана на идее, что если тот или иной фактический состав не подпадает под одну юридическую норму, то он тем не менее может подпадать под иную юридическую норму и вызывать связанные с ней правовые последствия. Д.О. Тузов проиллюстрировал это положение на примере конверсии договора аренды в договор ссуды²³. Конверсия юридических сделок известна и германскому гражданскому праву. Она позволяет сохранить в силе недействительную сделку в силе в качестве другой сделки, если выполняются необходимые для второй сделки требования. Авторы «Курса германского гражданского права» указывают, что конверсию можно осуществить, если можно предположить, что стороны заключили бы вторую сделку, если бы знали об недействительности первой. Такое предположение будет верным, если «другая сделка приводит к той же хозяйственной цели, как и сделка первоначально имевшаяся в виду, хотя, может быть, только частично или не таким совершенным образом»²⁴.

Как видно из вышеизложенного, свобода в переквалификации сделки, например судом, не может быть безграничной. Ограничения направлены на то, чтобы сторонам не были навязаны юридические последствия, которых они не желали.

Если суд придет к выводу об отсутствии юридического факта, погашающего притязание (прекращение права вследствие длительного неосуществления), но учтет наличие юридического факта, сдерживающий

²² Larenz, Wolf Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts S. 31

²³ Сделки. Представительство. Исковая давность. Комментарий к части I ГК РФ стр. 353, 354

²⁴ Эннекперус, Кипп, Вольф Курс германского гражданского права стр.313

притязание (осуществление возражения), интересы совершающего сделку не нарушаются, поскольку хозяйственный результат один и тот же- должник не обязан совершать исполнение.

Однако могут возникнуть сложности процессуального характера в ситуации, когда круг обстоятельств подлежащих доказыванию должником для правопогащающего и для правосдерживающего фактов будет различаться. Во-первых, он должен узнать о намерении юрисдикционного органа придать материалам дела иную оценку, иначе он узнает о позиции суда только из итогового решения. Во-вторых, если он все же должен иметь возможность выразить свою позицию в отношении такого изменения, то уже не будет речи о выдвижении возражения конклюдентными действиями (он либо будет настаивать на первоначальной квалификации, отвергая предположение о желательности переквалификации, либо согласится с переквалификацией, приведя новые доказательства).

Представляется, что по российскому праву выдвижение возражения конклюдентными действиями невозможно, поскольку суд должен поставить изменение норм права, подлежащих применению в конкретном деле, на обсуждение сторон²⁵. После этого ответчик либо заявит о своей согласии или несогласии с этим, либо молчаливо согласится.

Стоит вернуться к вопросу о различии сделочного волеизъявления (*rechtsgeschäftliche Willenserklärung*), и фактического проявления воли во вне (*tatsächliche Willensäußerung*). Карл Ларенц содержание этих понятий не разъяснил, поэтому его придется устанавливать по контексту.

Keine Rechtsgeschäfte sind geschäftsähnliche Handlungen. Sie knüpfen zwar wie Rechtsgeschäfte an die	Не являются сделками сделкоподобные действия. Хотя они и опираются подобно
--	--

²⁵ Абзац 2 пункта 9 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 24.06.2015 № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации»

willentliche Vornahme einer Handlung an, unterscheiden sich von den Rechtsgeschäften aber dadurch, daß bei ihnen die **Rechtsfolge unabhängig von einem darauf gerichteten Rechtsfolgwillen** eintritt «4».

Geschäftsähnliche Handlungen enthalten zwar in der Regel im Gegensatz zu bloßen Realakten *Willensäußerungen* (kursiv мой-А.А.) oder Mitteilungen mit Kundgabezweck. Gleichwohl tritt bei ihnen die vom Gesetz vorgesehene Rechtsfolge auch ein, wenn sie nicht gewollt ist. Das Gewollte muß mit der Rechtsfolge, die kraft Gesetzes eintritt, auch nicht übereinstimmen.

«4» Н.М., s. etwa Brox AT, Rn.93; Soergel / Hefermehl, vor §104 Rn.20; Köhler, AT, § 5 Rn.7; Ulrici, Geschäftsähnliche Handlungen, NJW 2003,2053

сделкам на осознанно осуществляемое действие, они отличаются от сделок тем, что при сделкоподобных действиях **правовые последствия наступают не зависимо от имеется ли направленная на это воля** «4». Хотя, как правило, сделкоподобные действия включают в себя *проявления воли во вне* (kursiv мой-А.А.) и сообщения с целью оповещения третьих лиц в отличие от юридических поступков. Тем не менее, при сделкоподобных действиях предусмотренные законом последствия наступают, даже если они не были желаемы совершающим. Также то, что было желаемо, не обязательно должно совпадать с правовыми последствиями, возникающими в силу закона.

«4» Господствующее мнение. См., например, Brox AT, Rn.93; Soergel / Hefermehl, vor §104 Rn.20; Köhler, AT, § 5 Rn.7; Ulrici, Geschäftsähnliche Handlungen, NJW 2003,2053

<p style="text-align: center;"><i>Rechtsgeschäftliche</i> <i>Willenserklärungen</i> (<i>курсив мой-А.А</i>)</p> <p>sind dagegen Tilgungsbestimmungen, die gemäß §§ 362, 366 getroffen werden, da die Tilgung davon abhängt, daß der Tilgende diese Rechtsfolge herbeiführen will «8». Die Einordnung verliert an Bedeutung, sofern man rechtsgeschäftlichen Vorschriften analog anwendet... Die Einordnung als Willenserklärung führt jedoch selbstverständlich zur Anwendung der Vorschriften über Rechtsgeschäfte. Die Annahme einer geschäftähnlichen Handlung erfordert dagegen besondere Begründungen zur Analogiefähigkeit.</p> <p style="text-align: center;">«8» S. auch Ehrlicke, JZ 1999,1075, 1079</p>	<p style="text-align: center;">Напротив <i>сделочными</i> <i>волеизъявлениями</i> (<i>курсив мой-А.А</i>)</p> <p>являются указания должника о порядке зачисления исполнения в счет нескольких однородных обязательств, к которым применяются соответственно §362, 366 Германского гражданского уложения, поскольку погашение долга зависит от того, что погашающий хочет вызвать это правовое последствие «8». Эта классификация утрачивает значение, поскольку предписания о сделках применяются по аналогии. Однако классификация в качестве волеизъявления, само собой, ведет к применению предписаний о сделках... Возможность применения по аналогии к сделкоподобному действию норм о сделках требует особого обоснования.</p> <p style="text-align: center;">«8» Смотрите также Ehrlicke, JZ 1999,1075, 1079</p>
---	---

Обобщая все вышесказанное можно с большой долей вероятности предположить, что Карл Ларенц рассматривал осуществление возражения как сделкоподобное действие, а не как одностороннюю сделку.

Я не могу понять, в чем отличие между сделкоподобными действиями и сделками, если правила о сделках применяются к сделкоподобным действиям по аналогии довольно широко. Сделкоподобные действия требуют дееспособности, оспариваются аналогично сделкам, могут требовать разрешения третьих лиц, ряд сделкоспособных действий не может быть совершен при ограничении распорядительной власти в отношении блага, на которое направлено такое сделкоподобное действие²⁶.

2. В отличие от притязания реализация секундарного права не требует содействия другой стороны.

<p>«Im Gegensatz zum Anspruch, bei dem Berechtigte ein Handel des Verpflichteten verlangen kann (§194) und damit auf dessen Mitwirkung angewiesen ist, verleiht das Gestaltungsrecht die einseitige, ohne Mitwirkung des anderen ausübbar Rechtsmacht, allein nach seinem Willen Rechtsfolgen herbeizuführen. Das Gestaltungsrecht ermöglicht damit einen Eingriff in der Rechtskreis eines anderen ohne dessen Zustimmung. Dies stellt einen Einbruch in das Prinzip der Notwendigkeit vertraglicher Zustimmung des Betroffenen dar. Der einseitigen Gestaltungsmacht des Berechtigten entspricht auf der Seite des Gestaltungsgegners eine</p>	<p>«В противоположность притязанию, при котором управомоченный может потребовать совершения действия (§ 194 Германского гражданского уложения), и которое зависит от содействия обязанного, секундарное право наделяет односторонней, способной осуществляться без содействия другого правовой властью самостоятельно и своей волей вызвать правовые последствия. Секундарное право делает возможным вмешательство в правовую сферу другого лица без его согласия. Это является изъятием из принципа необходимости договорного согласия затрагиваемого таким</p>
--	--

²⁶ Энекцерус, Кипп, Вольф Том 1 Полумом 2 стр.345-348

<p>Gebundheit diese Gestaltung und den in ihr liegenden Einbruch in seinen eigenen Rechtskreis hinzunehmen und gegen sich gelten zu lassen. Für den einseitigen Eingriff in die Rechtssphäre des Betroffenen, die das Gestaltungsrecht zur Folge hat, bedarf es eine Rechtsfertigung. Diese Rechtsfertigung kann sich auch aus dem Gesetz oder daraus ergeben, daß ein Gestaltungsrecht vertraglich eingeräumt wird und sich die eine Partei dadurch der einseitiger Bestimmung der anderen Partei unterwirft»²⁷.</p>	<p>вмешательством. Односторонней власти управомоченного преобразовать правоотношение коррелирует связанность второго таким преобразованием, и необходимость перетерпеть заключающемся в переобразовании вторжение в его правовую сферу. Одностороннее вмешательство, которое влечет за собой осуществление секундарного права, в правовую сферу лица, затрагиваемого преобразованием требует обоснования. Такое объяснение может следовать из закона, или из того, что секундарное право было предоставлено по договору, и тем самым одна сторона подчинилась одностороннему распоряжению другой стороны.</p>
--	---

3. Некоторые секундарные права требуют для наступления их правового эффекта не только волеизъявления управомоченного, но и судебного решения.

Такой подход оправдывается тем, что в тех случаях, правопреобразовательный эффект довольно существенно затрагивает интересы лица, в чью правовую сферу вмешиваются, это перестает быть частным делом. Публичный интерес требует легко распознаваемого и надежного установления юрисдикционным органом предпосылок для наступления такого эффекта. Судебное решение является вторым юридическим фактом наряду с подачей

²⁷ Larenz, Wolf Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts S. 266-267

правопреобразовательного иска, которое в качестве процессуального действия сопоставимо с внесудебным осуществлением секундарного права. В качестве примера приводятся иски о разводе, признании брака недействительным, исключении участника из общества и так далее²⁸.

Следует особо подчеркнуть, что в Германии возражения могут быть осуществлены вне суда²⁹.

<p>«d)» Eine andere Frage ist es, ob die Ausübung dieses Rechts im Prozeß zu erfolgen hat. Auch insoweit ist nicht entscheidend, daß die Hauptwirkung der Ausübung im Prozeß sichtbar wird. Das Gericht hat die Klage nicht allein auf Grund der Tatsache abzuweisen, daß das Einrederecht ausgeübt worden ist, sondern weil an diese Tatsache die Rechtsfolge einer Änderung der Rechtslage geknüpft ist. Für die Frage, welche Ausübung diese Änderung bewirkt, ist unerheblich, daß die Änderung am klarsten im Prozeß sichtbar wird und daß ihr Inhalt an besten durch Hinweis auf die prozessualen Folgen ausgedrückt wird. Nach dem Gesetz spricht nicht für die Annahme einer solchen Beschränkung der Möglichkeit der Ausübung. Die außergerichtliche</p>	<p>«d» Другой вопрос, обязательно ли осуществление этого права (<i>права выдвинуть возражение- прим. А.А.</i>) должно происходить в процессе. Впрочем в этой связи не является решающим, что основной эффект осуществления возражения (<i>сдерживание притязания, и, как следствие, невозможность присуждения ответчика- прим.А.А.</i>) различим в процессе. Суд должен отклонить иск не на основании самого факта, что возможность выдвинуть возражения была осуществлена, а потому что к этому факту примыкает правовое последствие в виде изменения (<i>притязание сдерживается- прим.А.А.</i>). Для вопроса о том, какое осуществление (<i>судебное или внесудебное- прим.А.А.</i>) вызывает такое изменение, не значительно, что это изменение яснее всего различимо в</p>
---	---

²⁸ Larenz, Wolf Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts S. 269

²⁹ Larenz, Wolf Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts S.329

<p>Ausübung muß daher genügen «86»³⁰.</p> <p>«86» Ebenso vor allem BGHZ 1,239; von Tuhr, § 17 IV, m. ält. Nachw.; Enneccerus-Nipperdey, § 226 Fußn. 18; Lehman§ 14 I 3; Staudinger- Coing , § 222 Rdnr. 4a; Soergel-Siebert, § 222 Rdnr.6; Johansen in RGRK, § 222 Anm.3; Palandt-Dankelmann, BGB, 23.Aufl. (1964), § 222 Anm.1; Rosenberg ZivilprozeßR, 9. Aufl. (1961) § 103 II 2d. A.M. vor allem Nikisch ZivilprozeßR, 2 Aufl. (1952), §54 III 1</p>	<p>процессе, и что его содержание лучше всего можно выразить ссылкой на его процессуальные последствия (<i>иск отклоняется как постоянно или временно необоснованный, после этого нельзя получить исполнение в судебном порядке за счет обеспечений - прим.А.А.</i>). Из закона нельзя вывести аргументов в поддержку точки зрения об ограничении возможности осуществления права выдвинуть возражение. Поэтому внесудебного осуществления должно быть достаточно «86».</p> <p>«86» На той же позиции стоят в особенности всего BGHZ 1,239; von Tuhr, § 17 IV, m. ält. Nachw.; Enneccerus-Nipperdey, § 226 Fußn. 18; Lehman§ 14 I 3; Staudinger- Coing , § 222 Rdnr. 4a; Soergel-Siebert, § 222 Rdnr.6; Johansen in RGRK, § 222 Anm.3; Palandt-Dankelmann, BGB, 23.Aufl. (1964), § 222 Anm.1; Rosenberg ZivilprozeßR, 9. Aufl. (1961) § 103 II 2d. Противоположного мнения в особенности придерживается Nikisch ZivilprozeßR, 2 Aufl. (1952), §54 III 1</p>
---	---

³⁰ Juristische Schulung 1964 Heft 8 S.295

4. Вмешательство в правовую сферу другого лица требует установления для него определенных гарантий. Эти гарантии направлены на то, чтобы такое вмешательство было предсказуемым и было ограничено разумными пределами. Из этого вытекает, что была четко сформирована и доведена до адресата.

А) Как отмечает К.Ларенц в большинстве случаев предпосылки для возникновения секундарного права (*der Gestaltungsgrund*) устанавливаются законом. Однако в рамках свободы договора стороны могут свободно согласовывать такие предпосылки там, где регламентация правоотношения, с которым связано секундарное право, оставлена на усмотрение сторон³¹.

Это означает, что стороны по общему правилу могут в пределах, установленных их обязательственным отношением, исключить возможность выдвижения тех или иных возражений, или же наоборот придумать новые возражения, которых положительное право не знает. Принцип закрытого перечня не действует только при договорном, а не одностороннем творчестве. Поэтому у меня появился вопрос, может ли ответчик в процессе выдвинуть новое возражение, которое не было предусмотрено ни законом, ни договором с истцом. Мне представляется, что ответ на этот вопрос по российскому праву должен быть положительным, если придерживаться точки зрения, что возражение о злоупотребление правом является неким общим правилом и доступно ответчику всегда, когда его интерес заслуживает большей защиты, чем интерес ответчика. Остальные же возражения будут также базироваться на идее злоупотребления правом, но при этом могут требовать дополнительных признаков. Представляется, что применительно к германскому гражданскому праву подход будет несколько иным, поскольку в ряде случаев злоупотребление правом будет влечь за собой его прекращение, а не отказ в защите.

б). По общему правилу осуществление секундарных прав не может быть поставлено под условие, поскольку тогда не будет обеспечиваться требуемая

³¹ Larenz, Wolf Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts S. 269

определенность правового положения лица, которое претерпевает соответствующее преобразование правоотношения. Также не могут устанавливаться сроки, начало и окончание которых невозможно или трудно распознать адресату волеизъявления. Исключениями являются такое установление условий, наступление которых можно адресату волеизъявления легко установить, в особенности, когда их наступление зависит от действий самого адресата³².

Осуществить возражение до наступления срока по притязанию невозможно, поскольку притязание (охранительное правоотношение) еще не возникло, однако можно направить кредитором уведомление об осуществлении права на возражение, которое должно вступить в силу в день исполнения права требования.

в). Волеизъявления, направленные на осуществление секундарного права, по общему правилу являются безотзывными. Наступивший правовой эффект не может быть устранен односторонним волеизъявлением бывшим обладателем секундарного права. Это правило имеет исключения. Как и для других сделок нуждающихся в восприятии, отзыв между отсутствующими возможен, если он поступил адресату до или одновременно с получением волеизъявления, направленного на реализацию секундарного права. Также отзыв возможен, если лицо, в чью правовую сферу вмешиваются, оспаривает наступление правообразовательного эффекта. Это объясняется тем, что отзыв приводит правоотношение к такому содержанию, которое адресат считает за правильное³³. Насколько это применимо к возражениям будет показано ниже.

5. Секундарное право погашается путем его осуществления или истечение установленного законом срока³⁴. В другом месте своей работы К.Ларенц пишет, что отказ от возражения возможен и после наступления его правового эффекта, чем оно отличается от других секундарных прав, которые

³² Larenz, Wolf Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts S. 270

³³ Там же.

³⁴ Там же

погашаются путем их осуществления³⁵. Следовательно, во-первых, отзыв волеизъявления и отказ от права принципиально различаются, а во-вторых-односторонний отказ от правового эффекта (*der Verzicht*) возможен, даже если право на выдвижение возражения уже было осуществлено. С тем, что отказ от прав отличается от отзыва волеизъявления можно согласиться. Надо полагать, что при отзыве волеизъявления секундарное право лица не прекращается, а остается нереализованным. Это не исключает его последующего прекращение через истечение пресекающего срока, и, пожалуй, не исключает его прекращение со ссылкой на недобросовестное длительное не осуществление. Это не применимо к возражениям, поскольку их осуществление не ограничено никакими сроками. Однако это не означает, что в исключительных случаях недобросовестная ссылка на наличие возражения не будет заблокирована судом. Подробнее я вернусь к этому вопросу при обсуждении исковой давности. Сказанное К. Ларенцем и М. Вольфом приводит к тому, что для возражения существуют две формы отказа от права, в то время как для остальных только одна. Отказ от права требует его существования, поэтому отказ возможен только до момента осуществления права. Для возражений это не так, несмотря на то, что после реализации возражения как субъективного права уже нет, за его бывшим обладателем сохраняется возможность отказа от выгодных для него правовых последствий.

В германском гражданском праве это представляет собой фундаментальное отличие возражений от секундарных прав, реализация которых влечет за собой прекращение субъективных прав (зачета, права оспаривания). Их правовые последствия, согласно мнению изложенному в изученных источниках, не могут быть устранены соглашением, направленным на устранение их правового эффекта. Правовой эффект возражения может быть устранен впоследствии.

³⁵ Larenz, Wolf Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts S.329

Гюнтер Яр, исходя из положения старой редакции § 305 Германского гражданского уложения (норма предусматривала, что возникновение и изменение обязательственного правоотношения требует договора, поскольку законом не предусмотрено иное, сейчас эти положения содержатся в § 311 Германского гражданского уложения-прим.А.А.), считал, что поскольку использование возражения приводит к изменению обязательственного правоотношения (закон здесь не требует договора-прим.А.А.), то для изменения наступившего положения односторонней сделки недостаточно. Следовательно, его позиция отличается от позиции Карла Ларенца и Манфреда Вольфа. Поскольку это важно, для правильного понимания цитируемого фрагмента, я привожу позицию Яра именно здесь. Какая из двух позиций представляется мне более правильной, я покажу чуть позже.

<p>Als Änderung eines Schuldverhältnisses ist Rückänderung nach § 305 unbedenklich zulässig. Unmöglich ist jedoch nach römischen wie nach geltendem deutschen Recht die rechtsgeschäftliche Aufhebung (im eigentlichen Sinne) der Wirkung des Erlöschens des Anspruchs. Das folgt schon aus § 305, der der Vertragsfreiheit nur die Macht einräumt, Rechtsverhältnisse zu begründen und zu ändern «64», ihr aber nicht die Macht gibt Handlungen ungeschehen zu machen «65». Beruht das Erlöschen des Anspruchs auf einem Rechtsgeschäft (Aufrechnung, Erfüllungsgeschäft), so kann zwar die</p>	<p>Допустимость обратного изменения обязательственного правоотношения в качестве частного случая изменения согласно § 305 Германского гражданского уложения не вызывает сомнений. Однако невозможной является как по римскому, так и по действующему немецкому праву сделочная отмена (в собственном смысле) погашения притязания. Уже из содержания § 305 Германского гражданского уложения, следует, что свобода договора предоставляет сторонам возможность, устанавливать и изменять правовые отношения «64», однако им не предоставлена власть рассматривать</p>
--	---

<p>Anfechtung des Rechtsgeschäft zur Aufhebung der Erlöschenswirkung führen; aber daraus folgt nicht, daß eine solche Aufhebung auch im Rahmen der Vertragsfreiheit möglich wäre. Die Anfechtung ist nur aus bestimmten Gründen möglich, die zur Zeit der Vornahme des anfechtbaren Geschäfts vorliegen haben müssen und an die das Gesetz deshalb die Wirkung der Anfechtung, die Nichtigkeit des Geschäfts, von Anfang an hätte knüpfen können. Schon deshalb kann aus dieser Regelung nicht die Folgerung gezogen werden, diese Wirkung müsse von den Beteiligten auch aus anderen späteren Gründen herbeigeführt werden können»³⁶.</p> <p>«64» Änderung ist im weiteren Sinne zu verstehen. Es umfasst jede Veränderung gegenüber dem bisherigen Zustand, also nicht nur Inhaltsänderung, sondern auch die Änderung des Subjekte (Übertragung des Rechtsverhältnisses, Abtretung, Schuldübernahme) und die Aufhebung</p>	<p>совершенные действия как не имевшие места «65». Если погашение притязание покоится на сделке (зачете, сделки по исполнению), то хотя ее оспаривание и может вести к отмене правопогашающего действия, то отсюда не следует, что подобная отмена была бы возможной и в рамках свободы договора. Оспаривание возможно только по определенным основаниям, которые должны наличествовать в момент совершения оспоримой сделки. Поэтому закон может присоединить к этим основаниям, существовавшим в прошлом, эффект оспаривания-изначальную ничтожность сделки. Уже в силу этой регламентации нельзя делать вывод о том, что стороны должны, дескать, иметь возможность вызвать подобный эффект из иных следующих за заключением сделки оснований.</p> <p>«64» Изменение должно пониматься максимально широко. Оно охватывает любое изменение по</p>
---	---

³⁶ Juristische Schulung 1964 Heft 6 S.222

<p>des Rechtsverhältnisses.</p> <p>«65» Das übersieht Kipp (s.o. im Text bei Fußn.51)</p>	<p>сравнению с существующим положением, не только изменение содержания, но и изменение субъекта (перенос обязательственного отношения в целом, уступка права требования, перевод долга) и упразднение правоотношения (поскольку автор говорил о том, что распорядительные сделки не могут отменяться с обратной силой, здесь скорее всего имеется в виду переkreщение обязательственных отношений на будущее время- А.А).</p> <p>«65» Это упускает из виду Kipp (см.выше текст при 51 сноске)</p>
---	---

Во избежание недоразумений здесь целесообразно привести и позицию Томаса Киппа (Tomas Kipp).

<p>«Im heutigen R. steht m.E. nicht im das geringste Wege, daß, wenn eine Schuld durch Zahlung getilgt ist, auf die Einrede der Zahlung verzichtet wird, oder, dass nachträglich verabredet wird, die Zahlung solle lieber auf eine andere Schuld verrechnet werden... In allen diesen Fällen aber lebt ein Anspruch wieder auf ... Der Verzicht bedarf des Vertrages, denn es handelt bei der</p>	<p>На мой взгляд, в современном праве нет ни малейших препятствий к тому, чтобы, когда долг был погашен, а должник отказался от возражения против платежа, чтобы стороны впоследствии договорились о том, чтобы платеж был учтен в счет другого долга. Во всех этих случаях притязание возрождается... Отказ требует договора, поскольку при изъятии возражения из обязательственного</p>
--	---

Entfernung einer Einrede aus einem Schuldverhältnis um eine Veränderung seines Inhalts...» ³⁷	правоотношения речь идет об изменении его содержания...»
--	--

Дальше Гюнтер Яр со ссылками на Карла Фридриха фон Савиньи и Андреаса фон Тура говорит о том, что стороны не могут своим соглашением отменять распорядительные сделки с обратной силой. Гюнтер Яр считает, что стороны могут менять существующее в настоящий момент обязательственное правоотношение, но не факты прошлого³⁸.

Идея о том, что обратная сила не затрагивает распорядительные сделки и возникшие в результате их исполнения права является довольно популярной. Здесь можно провести параллель с условными сделками. Сходство состоит в том, что если стороны хотят поставить правовой эффект под условие, в том числе придать ему обратную силу, то это возможно в отношении обязательственных сделок, но не распорядительных. Так в «Курсе германского гражданского права» Людвиг Эннекцерус, Манфред Вольф, Томас Кипп применительно к отлагательным условиям указывают, что «соглашение об обратной силе действует только в порядке обязательственном»³⁹. Об отменительных условиях они пишут, что обратная сила подобных условий должна быть прямо предусмотрена договором. Если стороны договорились, что при наступлении условия договор не считается заключенным, то здесь налицо обратная сила. Однако обратная сила имеет место только в обязательственных отношениях сторон. Важно отметить «положение: «отменительное условие не имеет обратной силы» получает свой настоящий смысл только в договорах, заключаемых на длительный срок и при вещных правомочиях...».⁴⁰

³⁷ Juristische Schulung 1964 Heft 6 S.221

³⁸ Juristische Schulung 1964 Heft 6 S. 223

³⁹ Эннекцерус Кипп Вольф Курс германского гражданского права Том 1 Полутом 285, 299

⁴⁰ Эннекцерус Кипп Вольф Курс германского гражданского права Том 1 Полутом 286

Против обратной силы для отменительных и отлагательных условий выступал видный романист XIX века Юлиус Барон⁴¹. Однако применительно к отлагательным условиям он отвергал ретроактивность в качестве презумпции (иное могло быть предусмотрено сторонами). Однако мотивировка скорее подходит для резолютивного условия: «в высшей степени было бы неудобно как переделывать юридическое положение, которое существовало известный период и с которым, быть может, связано много других правоотношений, чтобы оно признавалось за несуществовавшее совсем»⁴².

Согласно пункту 2 статьи 425 Гражданского кодекса Российской Федерации стороны могут распространить действие договора на ранее возникшие отношения. Как указывает С.В. Сарбаш, такая возможность доступна им только если стороны фактически предоставляли друг другу различные блага⁴³. Здесь внедоговорные правоотношения сторон станут договорными с обратной силой, но речь идет только об обязательственных отношениях.

С.А. Громов в статье «Восстановление обязательств»⁴⁴ касается вопросов, в основном связанных с ситуацией, когда сторона отказалась от договора в связи с допущенным другой стороной нарушением. После получения уведомления об отказе нарушитель устранил нарушение и стороны пришли к соглашению о необходимости продолжить свои взаимоотношения в рамках ранее существовавшего договора. Автор статьи исходит из того, что восстановление подобных взаимоотношений с обратной силой допустимо. С этим выводом можно согласиться, поскольку эта ситуация мало чем отличается от случая, когда волеизъявление, направленное на реализацию секундарного права было отозвано с согласия лица, чью правовую сферу такое волеизъявление изменило. Однако мне кажется, что довод о том, что обеспечительные обязательства в этом случае должны восстанавливаться

⁴¹ Ю.Барон Система современного римского права. Стр.174, 175

⁴² Там же. Стр.174

⁴³ Сарбаш С.В. Проблемы ретроактивного действия договора в арбитражной практике Хозяйство и право 2006, N 1 СПС Консультант Плюс

⁴⁴ Громов С.А. Восстановление обязательств: сборник статей

нуждается в более подробном обсуждении. Если просрочка должника была, то это означает ни что иное как наступление условие права, с которым связывается возникновение обязательства поручителя. Он должен возместить убытки, вызванные такой просрочкой, а также убытки в замен предоставления, вызванные нарушением договора и последующим отказом от него полностью или в части. Солидарность обязательств основного должника и поручителя не исключает различий в их правовом режиме. Если кредитор отказался от договора, то поручитель вправе рассчитывать на то, что должник уже не сможет нарушить договор на будущее время. Возможно, как указывает, автор статьи это ожидание не может защищаться правом. Однако мне кажется, что проведение принципа относительности обязательств должно приводить к тому, что последующее соглашение кредитора и основного должника, дезавуирующее просрочку, не будет оказывать влияние на поручителя, без его на то волеизъявления. Для солидарных обязательств характерно, что только исполнение и его суррогаты будут иметь эффект во отношении всех должников (общее действие), все остальные юридические факты должны отказывать влияние на отношения с кредитором данного конкретного должника (частное действие). Не исключено, что поручитель остается обязанным, несмотря на отсутствие у кредитора намерения предъявлять к нему требование. Это может повлечь за собой истечение пресекающего срока, установленного частью 6 статьи 367 Гражданского кодекса Российской Федерации, даже если впоследствии должник погасит задолженность.

Сказанное выше о возможности восстановления обязательства с обратной силой снова затрагивает лишь обязательственные отношения между сторонами. Мне не удалось найти примеров, когда правопрекращающий эффект исполнения или его суррогатов был бы отменен по соглашению сторон, так и примеров договоренностей о том, чтобы ранее произведенное исполнение было зачислено в счет другого однородного обязательства. Поэтому я буду исходить из того, что такие соглашения недопустимы и у нас.

Эффективная реализация права оспаривание по германскому гражданскому праву приводит к ничтожности юридической сделки с самого начала. Такая ничтожность не может быть исправлена сторонами и требует повторного совершения сделки⁴⁵.

Отказ от возражения напротив допустим посредством сделки и после выдвижения возражения должником, поскольку правосдерживающий факт в отличие от правопогашающих фактов приводит не к прекращению обязательственного отношения, а к его изменению⁴⁶.

Несмотря на то, что цитированная выше позиция Томаса Киппа, Карла Ларенца и Манфреда Вольфа текстуально соответствует норме Германского гражданского уложения, мне кажется, что более правильной является позиция Гюнтера Яра о том, что для отказа от возражения достаточно одностороннего волеизъявления должника. Он объясняет это тем, что отказ от права требует договора только там, где управомоченный находится с другим лицом в такой юридической связи, которая запрещает ему односторонне распоряжение правом, что не относится к правам господства и секундарным правам⁴⁷. Я хочу акцентировать внимание на другом. Отказ от осуществленного возражения принесет выгоду истцу. Здесь нельзя будет, пожалуй, говорить о юридическом обогащении, поскольку требование итак ему принадлежало. Ответчик посредством отказа ухудшает только свое имущественное положение, поскольку обеспечительные должники, как правило, наделяются правами, аналогичными правам ответчика, и распоряжаются ими самостоятельно. Это дает мне основание для проведения аналогии с односторонними сделками, которые обязывают лицо, их совершившее.

6. Секундарные права, связаны с определенным правоотношением или лицом, что позволяет говорить об их несамостоятельности. Законодательство может устанавливать те или иные ограничения на их переход. Карл Ларенц

⁴⁵ Эннекцерус Кипп Вольф Том 1 Полутом 2 стр.314, 318

⁴⁶ Juristische Schulung 1964 Heft 6 S. 223

⁴⁷ Juristische Schulung 1964 Heft 6 S. 221

пишет, право преимущественной покупки согласно § 473 Германского гражданского уложения не способно к переходу в порядке сингулярного и наследственного правопреемства, если стороны не согласовали иное.⁴⁸

Несамостоятельность возражения как секундарного права может проявляться в том, что оно погашается с погашением притязания, которому оно противостоит⁴⁹.

Раздел II Правовые последствия, связанные с осуществлением возражений

Глава 3 Правовой эффект возражений до их осуществления

В изученной литературе по германскому гражданскому праву отмечается, что правопорядок может связывать правовое последствия не только с юридическим фактом осуществления возражения, но и самим возникновением возможности выдвинуть возражение.

Так Карл Ларенц и Манфред Вольф⁵⁰, а также Гюнтер Яр⁵¹ отмечают, что возникновение возможности выдвинуть возражение приводит к тому, что невозможным зачет активным требованием, которому противостоит возражение. Гюнтер Яр полагал, что запрет зачета активным требованием должен быть в некоторых случаях органичен, например, если возражение против актинового требование направлено на то, чтобы компенсат погасил свой денежный долг (речь может идти о возражении о неисполненном договоре или возражении, основанном на праве удержания).⁵² Например, у компенсанта имеется денежный долг перед другой стороной, которая не отдает ему вещь, ссылаясь на возражение, компенсат может в этом случае зачесть.

Гюнтеру Яру представлялось непоследовательным германское регулирование, которое запрещает зачет в ситуации возникновения права выдвинуть возражение, но при этом не ограничивает обладателя притязания в остальных судебных и внесудебных способах его реализации.

⁴⁸ Larenz, Wolf Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts S. 271

⁴⁹ Juristische Schulung 1964 Heft 8 S.293

⁵⁰ Larenz, Wolf Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts S.331

⁵¹ Juristische Schulung 1964 Heft 8 S.298

⁵² Günther Jahr Там же.

В этом плане российское регулирование, предоставляющее должнику повышенную предварительную защиту в случае истечения срока исковой давности (пункт 3 статьи 199 Гражданского кодекса Российской Федерации) и блокирующее все внесудебные способы осуществления притязания является более последовательным. Это предварительная защита лица, которое может реализовать свое право на выдвижение исковой давности только в суде.

С.В. Сарбаш полагает, что именно кредитор, длительное время не интересовавшийся судьбой своего права, должен осуществлять активные действия для того, чтобы договориться с должником об отказе последнего от использования ссылки на исковую давность. Его позиция основана на том, что стороны не могут модифицировать правовой режим исковой давности, что не исключает отказа должника от имеющегося у него права. Право должника на использование возражения может быть обеспечено либо внесудебным протекстом должника против такого осуществления, либо, если возражение можно выдвинуть только в суде, предварительным запретом на совершение односторонних действий. Внесудебный запрет осуществления кредитором односторонних действий рассматривается С.В. Сарбашем как предпочтительный, поскольку он не возлагает на должника бремя совершения активных действий. Автор не отрицает, что при таком подходе у кредитора могут возникать некомпенсируемые процессуальные издержки⁵³.

Противники исключительно судебного осуществления возражения полагают, что это модель с существующим в России негативным отношением к соглашениям, регулирующим ограничение и отказ от права на осуществление возражения, не обеспечиваает требуемую обороту гибкость и предсказуемость. Кредитор никогда не знает, какую линию поведения в процессе выберет должник. Для него существует риск того, что должник заявит о давности в суде, если он ранее молчал на внесудебный запрос кредитора или сделал заявление о том, что он не будет ссылаться на давность. В первом случае суд не

⁵³ Сделки. Представительство. Исковая давность. Стр.1171-1172, 1181-1182

рассматривать такую ссылку на давность после молчания как противоречивое поведение, поскольку у должника не было обязанности отвечать, более того, трудно говорить о доверии к поведению должника, с которым ты находишься в конфликтных отношениях. Во втором случае, суд может посчитать общение должника не выдвигать возражение не в качестве отказа от соответствующего права, а в качестве принятия негативного обязательства. При достижении соглашения об отказе должника от возражения, не исключено недобросовестное заявление о его недействительности со ссылкой на статью 9 Гражданского кодекса Российской Федерации. Здесь оговоримся, что мы считаем такие соглашения допустимыми. Закон не устанавливает для них требования утверждения судом, поэтому договоренность может быть достигнута и вне суда.

Требуется ли с точки зрения российского права осуществление права на возражение только в суде? Как мне кажется, при ответе на этот вопрос применим германский подход о том, что такое ограничение в возможности осуществления гражданских прав должно предусматриваться законом. Следовательно, и по российскому праву осуществить возражение можно вне суда. Например, поручитель может отказать кредитору в удовлетворении со ссылкой на возможность зачета против требования должника (пункт 2 статьи 364 Гражданского кодекса Российской Федерации) и вне суда. Напротив, по действующему законодательству заявить о давности можно только в суде (пункт 2 статьи 199 Гражданского кодекса Российской Федерации). То же самое можно сказать о возражении предпринимателя об уменьшении неустойки по статье 333 Гражданского кодекса Российской Федерации. Оно не может осуществляться вне суда, поскольку российский законодатель недвусмысленно наделил суд полномочиями по проверке обоснованности подобного возражения должника. Применение этой нормы для защиты лиц, не являющихся индивидуальными предпринимателями, по своей инициативе не позволяет квалифицировать его как возражение. Или тогда, надо говорить, что это является исключением из начала независимости суда; суд становится

правозаступником, который может использовать это средство защиты как представитель; однако такое объяснение довольно натянуто.

Германский опыт показывает, что внесудебное осуществление всех возражений допустимо. Исключение зачета при возможности выдвинуть возражение мне тоже осталось непонятным. В Германии признается, что если обладатель права на выдвижение возражения знал о нем и не выдвинул его до вынесения решения по существу то его право погашается. Это основано на недопустимости противоречивого поведения. Точно также он потеряет это право, если будет терпеть внесудебную реализацию притязания, например, внесудебную продажу заложенного имущества; если исполнит требование добровольно⁵⁴. Примечательно, что немецкий законодатель, не дал должнику разумный срок на возражение против такого зачета, а заблокировал его *ex ante*. Отличие зачета от других случаев внесудебной реализации заключается лишь в том, что он осуществляется быстрее. Но даже в этом случае можно говорить, что должник удовлетворил кредитора добровольно; если кредитор получил его заявление о возражении раньше, чем должник его заявление о зачете, то таким образом закон защищает бодрствующего.

Интересна позиция Гюнтера Яра, который считал, что акт осуществления возражения должен влечь за собой исключение просрочки должника. Автор проводит параллель между прекращением обязательства *ipso jure* и осуществлением возражения. Он соглашается с Леонардом (Leonard), что законодатель тогда не считает нужным прекращать обязательство *ipso jure*, когда должнику не может быть навязано прекращение обязательства, например, когда прекращение обязательства помимо его воли могло бы привести к репутационным или другим значительным издержкам⁵⁵. Из этого автором делается вывод о том, что должник не может быть поставлен в лучшее положение по сравнению с тем, в каком он бы находился, если бы обязательство прекратилось *ipso jure*. Мне это положение осталось до конца не

⁵⁴ Juristische Schulung 1964 Heft 8 S.298

⁵⁵ Juristische Schulung 1964 Heft 6 S.220

понятным, поскольку в другом месте автор говорит, что должник, который должен исполнить обязательство либо вправе отклонить притязание кредитора путем выдвижения возражения, поступить упречно, если не сделать ни того, ни другого. При этом его впадение в просрочку отнюдь не будет фингироваться⁵⁶. Потом он возвращается к идее защиты должника через обратную силу возражения и отпадение последствий просрочки. Мне второй подход, согласно которому последующее осуществление возражение сдерживает притязание, но при этом не лишает кредитора прав на получение мораторных убытков, кажется более разумным.

Глава 4 Виды возражений и правовое последствия из осуществления

Последствием осуществления должником права на выдвижение возражения будет сдерживание притязания (*die Hemmung des Anspruchs*). Разные виды возражений могут оказывать различное влияние на притязание.

Перемпторные возражения могут существовать неограниченно долго. Они исключают присуждение должника к исполнению притязания, какие бы то ни было меры в исполнительном производстве, другие внесудебные способы осуществления притязания против воли должника (зачет, удержание, самопомощь, внесудебное обращение взыскания на вещные обеспечения)⁵⁷. Притязание существует, но оно лишено крайне важного, однако не необходимого свойства- способности быть принудительно реализованным в судебном или внесудебном порядке⁵⁸. Если должник или третье лицо, предоставили вещные обеспечения по требованию, исполнение которого исключено в силу наличия осуществленного перемпторного возражения, то собственник вещи требовать от кредитора отказа от ипотеки (§ 1169 Германского гражданского уложения), возврата ему предмета залога (*что влечет за собой его прекращение, поскольку в Германии залог является посессорным- прим.А.А*) (§ 1254 Германского гражданского уложения). Если

⁵⁶ Juristische Schulung 1964 Heft 8 S.302

⁵⁷ Larenz, Wolf Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts S. 330 , Juristische Schulung 1964 Heft 6 S.220, Heft 8 S.302

⁵⁸ Juristische Schulung 1964 Heft 6 S.224

интересы лица затронуты отметкой, внесенной в поземельную книгу для обеспечения притязания, а притязание было сдержано перемпторным возражением, то такое лицо вправе требовать от кредитора устранения данной отметки (§ 886 Германского гражданского уложения). Здесь законодатель считает прекращение обеспечительных прав меньшим злом. Сохранение обеспечений, хоть и стимулировало бы должника к погашению долга, в то же время могло расстроить его хозяйственные планы. Для остальных видов обеспечений это не актуально, поскольку в них обеспечительный должник либо наделяется правами, аналогичными по содержанию правам должника, либо обеспечительное обязательство может прекратиться вследствие истечения пересекательного срока. Сложнее всего будет ситуация с гарантом, но ему можно позволить ему ссылаться на злоупотребление кредитором правом; после того, как он уведомит принципала (статья 375 Гражданского кодекса Российской Федерации), тот может передать ему информацию о том, что кредитор пытается обойти защиту, которую закон предоставляет должнику.

В российском праве проблема сохранения вещных обременений при истечении срока исковой давности по основному требованию уже нашла отражение в судебной практике⁵⁹ и начала обсуждаться отдельными исследователями⁶⁰. Когда названное Определение Коллегии Верховного Суда Российской Федерации по гражданским делам обсуждалось на Кружке гражданского права Студенческого научного общества Санкт-Петербургского университета Руководителем кружка А.А. Павловым было высказано мнение, что в основе института исковой давности лежит идея запрета противоречивого поведения. Применительно к обсуждавшемуся казусу это означает, что кредитор не может вынуждать должника погасить долг, препятствуя прекращению обременения, поскольку он до этого длительное время не интересовался судьбой своего требования. С этим мнением, согласно которому

⁵⁹ Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда РФ от 01.11.2016 N 84-КГ16-7

⁶⁰ Кафедра гражданского права СПбГУ. Как прекратить ипотеку после истечения срока исковой давности http://www.arbitr.ru/press-centr/press_arb_sud/97525.html Роман Тараданов Не взыскал? Не взыщи // Закон.ру https://zakon.ru/discussion/2017/4/27/ne_vzyskal_-ne_vzyschi_ob_odnoj_na_moj_vzglyad_krajne_neosmotritelnoj_pravovoj_pozicii_sudebnoj_ko

истечение исковой давности в некоторых случаях может быть связано с прекращением субъективных гражданских прав, можно согласится.

Хоть решения, защищающие собственника обремененной и являются справедливыми, необходимо обосновать каким иском можно достичь искомого результата. Российский законодатель мог бы копировать немецкую модель, но правоприменительная практика могла добиться бы аналогичного результата без изменения закона, используя наработки германской доктрины о действии времени на субъективное гражданское право. Субъективное право может прекращаться вследствие истечения пресекательного срока; может быть подвержено действию исковой давности; а может прекращаться вследствие длительного неосуществления (*die Verwirkung*). Это прекращение права не связано с четко определенным сроком, поэтому для такого прекращения могут потребоваться дополнительные реквизиты, которые добавляются к бездеятельности управомоченного и по которым можно сделать вывод о необходимости особой защиты доверия обязанного. Срок, по истечении которого право погашается, не может быть меньше срока исковой давности (*если он установлен для соответствующего притязания*). Поскольку законодатель исключает давность для некоторых притязаний, которые защищают особо значимые его точки зрения блага⁶¹, видимо, к потере по истечению времени таких притязаний должны предъявляться самые строгие требования – прим.А.А.). В течение срока исковой давности должник вправе ожидать предъявления к нему иска. Не осуществление права свыше этого срока может создавать у должника представление, что кредитор не заинтересован в его осуществлении. Однако такое ожидание защищается правом в том случае, если кредитор является исключительно управомоченным к осуществлению притязания. Следовательно оно исключено, если субъективное гражданское право может служить и публичным интересам, например, не подлежит потере вследствие длительного неосуществления притязание, направленное на защиту

⁶¹ Larenz, Wolf Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts S.265, 298-299

от недобросовестной конкуренции. Лицо, которое ждет защиты закона, должно действовать добросовестно и не вводить в заблуждение управомоченного. При решении вопроса о том, прекратилось ли право должны быть учтены правомерные интересы должника, например, он мог утратить возможность предъявить регрессный иск к третьему лицу. Суд при решении вопроса о том, прекратилось ли право должен тем активнее принимать во внимание обстоятельства, связанные с интересами должника, чем больше времени прошло⁶².

Эти рассуждения применимы в России, можно говорить о том, что с истечением срока исковой давности у должника появляется уверенность в том, что кредитор не будет обращать взыскание на предмет залога (ипотеки). Правопорядок не должен поощрять ситуации, когда формально существующее залоговое право непропорциональным образом ограничивает интересы собственника, поскольку это является одной из форм злоупотребления правом⁶³. Сам факт того, что должник в свое время не исполнил обязательство, не свидетельствует о его недобросовестном поведении, поскольку законодатель, давая должнику защиту через ссылку на исковую давность, рассматривает его в качестве правомерного. К такому выводу можно прийти, поскольку лишь в вопиющих случаях ссылка на давность может быть расценена как злоупотребление правом⁶⁴.

Поэтому должник в основном и обеспечительном обязательстве имеет охраняемый законом интерес в приведении своего правового положения, отраженного, например, в реестрах учета прав, в соответствие с реально существующим правовым положением. Этот интерес может удовлетворяться путем надения собственника иском о признании обременения отсутствующим (негативный иск о признании). Сказанное относится и к третьему лицу, предоставившему вещное обеспечение.

⁶² Larenz, Wolf Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts S. 293-296

⁶³ Larenz, Wolf Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts S.287

⁶⁴ Larenz, Wolf Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts S.299

Может возникнуть, вопрос можно ли воспользоваться этим иском, если исковая давность истекла, а кредитор так и не предъявлял иска к должнику, и тот не смог сослаться на исковую давность. Думается, что да, поскольку интерес должника нуждается в защите, даже если кредитор не намерен предъявлять свой иск. Такое решение идет в разрез с принципом, согласно которому права ссылаются по пропуску исковой давности, по общему правилу, принадлежит ответчику. Получается, что истец по негативному иску о признании требует реализации последствий использования возражения об исковой давности, которое он в процессе так и не осуществлял. При обратном подходе, его интерес не может быть защищен. Исключительно судебное осуществление возражения об давности приводит к таким противоречиям, что может служить доводом против сохранения в нашем праве.

Дилаторные возражения

Осуществление дилаторных возражений временно сдерживает притязание, как и при перемпторных возражениях кредитор не может ничего получить помимо воли должника⁶⁵. К должнику при этом могут применяться меры в исполнительном производстве, направленные на обеспечение в будущем взыскания, но не на само взыскание⁶⁶. Последнее не совсем понятно, поскольку если суд при вынесении решения будет знать о наличии дилаторного возражения, то иск должен быть отклонен как временно не обоснованный⁶⁷. Можно предположить, что речь идет о ситуации, когда дилаторное возражение появилось после того, как состоялось судебное решение, и должник использует это обстоятельство для приостановления исполнительного производства. После истечения определенного срока или отпадения определенных обстоятельств временное сдерживание притязания

⁶⁵ Larenz, Wolf Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts S. 328

⁶⁶ Juristische Schulung 1964 Heft 6 S.219

⁶⁷ Juristische Schulung 1964 Heft 4 S.127

прекращается, что влечет за собой прекращение ограничений кредитора в судебном и внесудебном осуществлении притязания.

К дилаторным возражениям, относится возражение поручителя о необходимости предварительного принятия кредитором мер по обращению взыскания на имущество должника (*die Einrede der Vorausklage*). Пока поручитель добивается исполнения от должника, поручитель не обязан платить. На одной из лекций курса «Международное экономическое право» профессор Вольфганг Шюнеманн (*Wolfgang Schönemann*) отметил, что в Германии оно и не играет большой практической роли, поскольку кредиторы склоняют должников к отказу от него. Мне показалось интересным, что это представляет собой некий аналог субсидиарной ответственности в части порядка предъявления кредитором требований к должникам.

Дилаторные возражения существуют и в российском праве, например, в качестве такового можно рассматривать отказ поручителя в удовлетворении требования кредитора до тех пор, пока кредитор может получить ему причитающееся путем зачета требования к должнику (пункт 2 статьи 364 Гражданского кодекса Российской Федерации). Этим поручитель защищается от последующего осуществления зачета должником, когда он потребует с должника уплаты в порядке суброгации (пункт 1 статьи 365 Гражданского кодекса Российской Федерации).

В германском варианте норма дает поручителю большую защиту, так как там поручитель может временно не платить, пока должник может оспорить сделку, на основании которой возник первоначальный долг (§ 770 Германского гражданского уложения). Это защищает поручителя от оспаривания должником сделки после того, как поручитель заплатит кредитору, а значит от потери основанного на норме § 774 права требования. Если бы такое оспаривание произошло то поручитель оказался бы в незавидном положении, поскольку ему пришлось бы требовать от кредитора неосновательно полученное, причем процессуальные возможности для этого могли бы быть утрачены.

Наша норма пункта 2 статьи 364 Гражданского кодекса Российской Федерации такой защиты не дает. Может ли подобное возражение выводиться из существа отношений, если оно не предусмотрено законом? Наделение поручителя таким возражением является довольно гибким решением, поскольку поручитель может защитить свои экономические интересы и в то же время не наделяется правом разрушить сделку третьих лиц. Судебная практика Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации исходила из того, что поручитель не может оспаривать сделку должника и кредитора⁶⁸, но при этом не говорила ничего о возможности поручителя временно отказать кредитору в исполнении. Попутно заметим, что Высший Арбитражный Суд Российской Федерации распространил сферу действия возражения поручителя о возможности зачета требования кредитора с требованием должника, которая по ранее действующему законодательству была у субсидиарного должника, в том числе поручителя (пункт 2 статьи 399 Гражданского кодекса Российской Федерации), на случаи солидарного поручительства, но не позволил ему ссылаться на возможность беспорочного списания средств с должника⁶⁹. Тем самым Высший арбитражный Суд Российской Федерации открыл дорогу к созданию возражений по аналогии. В нашем правовом порядке защита поручителя в ситуации, когда он знает об оспоримости сделки, может быть ему предоставлена, поскольку он должен быть защищен от реализации должником любых секундарных прав, когда к поручителю перейдет требование по суброгации: будь то оспаривание, будь то зачет. Такая аналогия является более соответствует природе отношений, чем отказ кредитору в осуществлении права требования со ссылкой на статью 10 Гражданского кодекса Российской Федерации.

⁶⁸ Пункт 10 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 20.01.1998 № 28 «Обзор практики разрешения споров, связанных с применением арбитражными судами норм Гражданского кодекса Российской Федерации о поручительстве», пункт 24 Постановления Пленума ВАС РФ от 12.07.2012 N 42 «О некоторых вопросах разрешения споров, связанных с поручительством»

⁶⁹ абзац 2 пункта 25 Постановления Пленума ВАС РФ от 12.07.2012 N 42 «О некоторых вопросах разрешения споров, связанных с поручительством»

Возражения поручителя о возможности зачета и о сохранении должником возможности оспорить сделку не смогут быть выдвинуты, если должник не сообщит поручителю об этих обстоятельствах, норма статьи 366 Гражданского кодекса Российской Федерации должна толковаться расширительно. Можно сказать, что должник умолчавший о зачете и возможности оспаривания не может осуществить их в отношении поручителя, к которому по суброгации перешли требования. Такое решение на первый взгляд, кажется справедливым, но это не будет справедливо, если, например, кредитор угрожал должнику, возможность оспаривания должна сохраняться. В силу тесной взаимосвязи отношений всех трех сторон это может потребовать защиты добросовестного поручителя и нарушения логики правопреемства, поскольку должник свои умолчанием дал основание платить поручителю. Должнику придется выплатить причитающееся поручителю, но это не лишает его возможности оспаривать действительность в отношениях с кредитором и требовать неосновательного возмещения обогащения, возмещения реального ущерба, а также компенсации морального вреда за нарушение его свободы выбора.

Карл Ларенц считал дилаторным возражением возможность должника отказать в выплате при достижении соглашения об отсрочке. Это мне не совсем понятно, поскольку, отсрочка приводит к изменению срока исполнения; иск, предъявленный ранее должен быть отклонен *ipso jure*, так как не охранительное правоотношение (притязание) еще не возникло, и этим и объясняется нетечение исковой давности в § 205 Германского гражданского уложения на который ссылается автор⁷⁰. Более того, там говорится, что исковая давность не течет пока существует право временно отказать в исполнении, которое возникает на основании соглашения. Возражения, как правило, не возникают из соглашений. В качестве исключения можно вспомнить соглашение, по которому кредитор навсегда обязался не предъявлять иск (*pactum de non petendo perpetuum*), оно является

⁷⁰ Larenz, Wolf Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts S. 330

перемпторным. По общему правилу, наличие возражения не оказывает влияние на течение исковой давности. Исключением является § 771 Германского гражданского уложения, который прямо предусматривает приостановление исковой давности по требованию к поручителю, пока кредитор пытается получить исполнение от основного должника. Пока я сомневаюсь, что оглашение об отсрочке предоставляет должнику возражение.

По всей видимости, не относится ни к дилаторным, ни к перемпторным возражениям ссылка на злоупотребление правом. Карл Ларенц в одном месте учебника уподобляет его правопогашающим юридическим фатам, учет которых должен осуществляться судом *ex officio*⁷¹. Злоупотребление правом может принимать разные формы, к ним относятся:

а). нечестное приобретение определенного правового положения (например, когда одно лицо вероломными действиями разрушает планы другого лица)

б). поведение, которого кто требует защиты, но при этом нарушает свои обязанности (предприниматель, который требует соблюдения соглашения о неконкуренции, но при этом не выплачивающий соответствующее вознаграждение)

в). осуществление права в отсутствие заслуживающего защиты интереса (когда требование кредитора незначительно и явно непропорционально стоимости удерживаемой вещи, из которой он требует удовлетворения)

г). противоречивое поведение

е). потеря права вследствие его длительного неиспользования; приобретение прав вследствие длительного нерадения другого лица исходя из уважения к положению, существующему длительное время⁷². Автор говорит о том, что вывод о злоупотреблении правом можно сделать по обстоятельствам конкретного случая, оно зависит от ситуации. Поэтому не исключено, что при смене правообладателя право вновь будет осуществимо. Хотя обычно право

⁷¹ Larenz, Wolf Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts S. 328

⁷² Larenz, Wolf Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts S.285-290

преемник занимает юридическое положение предшественника, он все же может осуществить право, если у него нет умысла на совершение действия, противоречащего добрым нравам, или ему нельзя сделать упрека в нарушении его обязанностей⁷³. Следовательно, в этом случае субъективное право не будет прекращаться, а будет, видимо, подвержено правосдерживающему процессуальному возражению, вопрос о наличии или отпадении, которого может быть решен судом и по собственной инициативе.

Сказанное применимо и к российскому праву, поскольку суд может поставить вопрос о недобросовестности сторон по своей инициативе⁷⁴. Также он может отказать в защите права, даже если сторона его об этом не просит. Это позволяет говорить о том, ссылка на злоупотребление правом не является возражением. Тут можно вспомнить позицию Юлиуса Барона, который говорил о том, что границы возражений исторически изменчивы⁷⁵. Надо добавить к этому , что они находятся и под влиянием политики права.

⁷³ Larenz, Wolf Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts S. 282

⁷⁴ Пл № 25

⁷⁵ Система римского гражданского права стр.270

Возражения, которые не сдерживают, а ограничивают присуждение

Как Карл Ларенц, так и Гюнтер Яр наряду с перемпторными и дилаторными возражениями выделяли возражения, которые не исключают присуждение ответчика к исполнению лежащей на нем обязанности, но допускают его с известными ограничениями. К ним относятся возражение, основанное на праве удержания, и возражение, основанное на неисполнении синаллагматического договора, а также ряд возражений, которые даются лицу для ограничения его ответственности (чаще всего речь идет о наследниках)¹.

Я хотел бы подробнее остановиться на первых двух, поскольку по российскому праву они не будут образовывать самостоятельной категории, а попадут в разряд дилаторных возражений. В германском гражданском праве наличие возражения, основанное на праве удержания, или возражения, основанного на неисполнении синаллагматического договора, не исключает вынесение судебного решения. Согласно §§ 273, 274, 320, 322 Германского гражданского уложения истец, желающий получить присужденное ему имущество, может сделать это в исполнительном производстве после того, как он сделает попытку исполнить в адрес должника свое обязательство, на что указывается в судебном решении при выдвигании должником возражения (*Zug-um-Zug Verurteilung*). Если истец исполнит свое обязательство или должник впадет в кредиторскую просрочку по второму требованию, он может получить присужденное имущество мерами принудительного исполнения. В России идея о том, что до того как сторона в синаллагматическом договоре не исполнит свое обязательство, она не может понуждать другую сторону к исполнению ее обязательства в натуре, приводит к странным результатам. Получается, что в ситуации классической встречности и очередности сторона может взыскать штрафные санкции, но не само основное исполнение. А.Г. Карапетов считает, что это может быть

¹ Larenz, Wolf Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts S.330, Juristische Schulung 1964 Heft 4 S.127

оправданным, поскольку стимулирует прекращать договор и взыскивать убытки. Однако сам автор отмечает, что это не всегда приемлемо для стороны, которая не нарушала обязательство¹. В ситуации, когда сторонами была установлена очередность, названный подход критикуется за то, что оппортунистически настроенная сторона может дезавуировать все достигнутые договоренности, а интерес истца состоит не только в том, чтобы поучить право взыскать штрафные санкции. Германский подход представляется более гибким и возлагающим на сторону, исполняющую первой, меньшие риски, поскольку она может арестовать вещь на основании судебного решения в исполнительном производстве.

¹ А.Г. Карапетов Комментарий к части первой ГК стр. 194-214

Глава 5 **Возражение и неосновательное обогащение, защита должника от односторонних действий кредитора**

Параграф 813 Германского гражданского уложения позволяет истребовать в качестве неосновательного обогащения предоставленное по обязательству, в ситуации когда должник не знал о наличии у него возможности выдвинуть перемпторное возражение. Данная норма не распространяется на возражение об исковой давности, которое также относится к перемпторным. Данная норма является исключением, поэтому она не относится к иным видам возражений¹.

В этой норме проявляется также исключение из общего правила, что возражение, являясь самостоятельным правовым явлением, погашается вместе с правоотношением (в нашем случае притязанием), к которому оно привязано. Последующее осуществление возражения приводит к отпадению с обратной силой сделки по исполнению или эффекта суррогата исполнения (например, зачета), восстановлению притязания, сдерживанию его в результате осуществления возражения, возможности обратного истребования неосновательно полученного². То, что такие последствия допускаются в исключительном случае самим законом, показывает, что в этом случае возражение продолжает существовать несмотря на прекращение притязания исполнением с измененным содержанием. Предъявление иска является выражает волю на осуществление возражения и на возврат неосновательного обогащения³.

Идея обратной силы появляется потому, что в германском гражданском праве зачет имеет обратную силу, и для того, чтобы обосновать кондиционное притязание правовой эффект осуществления возражения должен наступать раньше, чем правовой эффект зачета.

¹ Larenz, Wolf Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts S.330

² Heft 8 S.302-303

³ Heft 8 S.300

Мотивы подобного законодательного решения пока остаются для меня не понятными. Перемпторные возражения, согласно Карлу Ларенцу, предусмотрены §§ 438, 684а, 821, 853, 1973, 2083, 2318 Германского гражданского уложения¹. Если свести все эти разнородные случаи к общему знаменателю, то получится, что законодатель наделяет должника перемпторным возражением против требования лица, поведение которого упорно, несмотря на то, что у должника при определенных обстоятельствах могла бы быть возможность прекратить юридические отношения с таким лицом (путем отказа от договора, путем оспаривания, путем удовлетворения требований третьих лиц, путем истребования в рамках неосновательного обогащения принятого на себя обещания заплатить). Такую защиту можно оправдать отпадением возможности прекратить юридическое правоотношение в силу истечения объективных сроков. Можно выдвинуть гипотезу, что правопорядок не одобряет исполнение таких обязательств, и считает, что должник должен осознанно отказаться от предоставленной ему защиты. Это чем-то напоминает обязательства из игр и пари.

Наш Гражданский кодекс нормы подобной абзацу 1 § 813 Германского гражданского уложения не знает, но это не означает, что обратная сила правового эффекта осуществления возражения в нашем праве принципиально немыслима.

Теперь необходимо сказать о защите должника от односторонних действий кредитора. Не исключена ситуация, при которой кредитор имеет возможность своими односторонними действиями получить удовлетворение до такого, как у должника появится возможность заявить о возражении. Иллюстрацией к этому может служить пример из пункта 79 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 24.03.2016 № 7 «О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса Российской Федерации об ответственности за нарушение обязательств». Прочитируем указанное

¹ Larenz, Wolf Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts S.330

положение: «В случае списания по требованию кредитора неустойки со счета должника (пункт 2 статьи 847 ГК РФ), а равно зачета суммы неустойки в счет суммы основного долга и/или процентов должник вправе ставить вопрос о применении к списанной неустойке положений статьи 333 ГК РФ, например, путем предъявления самостоятельного требования о возврате излишне уплаченного (статья 1102 ГК РФ).

В то же время, если подлежащая уплате неустойка перечислена самим должником, он не вправе требовать снижения суммы такой неустойки на основании статьи 333 ГК РФ (подпункт 4 статьи 1109 ГК РФ), за исключением случаев, если им будет доказано, что перечисление неустойки являлось недобровольным, в том числе ввиду злоупотребления кредитором своим доминирующим положением».

Судебная практика не позволяет должнику в этом случае восстановить обязательство в первоначальном объеме, оно будет восстановлено в соответствующей части. Применение статьи 333 Гражданского кодекса Российской Федерации приведет к тому, что притязание кредитора будет являться сдержанным, а должник сможет вернуть себе то, что было изъято у него помимо его воли.

Применительно к зачету, который будет рассматриваться как несостоявшийся части, вполне применима идея заложенная в § 813 Германского гражданского уложения: обратная сила осуществления возражения обосновывает недействительность зачета, он не выполняет своей платежной функции, обязательство кредитора перед должником не будет прекращено. Здесь кондикционный эффект проявляется в восстановлении ранее существовавшего положения. Это позволяет говорить, что наше право в определенных случаях признает обратную силу правового эффекта осуществления возражения. Хотя вопрос о соотношении этого явления с оспоримостью остается открытым.

Как быть, если кредитор зная о возможности должника выдвинуть возражение, получил исполнение путем самоуправных действий? Например, путем угроз или насилия вынудил передать ему вещь по синаллагматическому договору, не предоставляя ничего взамен. Интерес потерпевшего может быть защищен разными способами.

Во-первых, можно было бы защитить потерпевшего по модели негативного интереса, то есть поставить его в положение, в котором он находился бы, если бы никогда не вступал в договорные отношения с контрагентом. Потерпевший должен иметь возможность отказаться от договора и истребовать вещь или ее эквивалент. Поскольку кредитор нарушил охраняемый законный интерес должника в планировании своей экономической деятельности не исключено возмещение убытков. Также должник вправе потребовать компенсации морального вреда, поскольку это притязание появляется при нарушении такого абсолютного блага как неприкосновенность личности¹.

С другой стороны не исключена защита потерпевшего по модели позитивного интереса, то есть потерпевший должен быть поставлен в такое положение, в котором он находился бы если договор был бы исполнен надлежащим образом. Это означает, что он будет вправе потребовать встречное предоставление, но не лишается возможности взыскать убытки и получить компенсацию морального вреда.

Сохранение договора и возвращение сторон в положение, существовавшее до обмена, хотя и возможно, но нежелательно, поскольку чревато новым конфликтом, характерным для исполнения встречных обязательств. Думается, что правопорядок не должен увеличивать число таких ситуаций. Лучше всего было бы склонять потерпевшего в выборе одного из двух первых вариантов, а третий вариант использовать, только если потерпевший на нем настаивает.

¹ Larenz, Wolf Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts S.265

Допустимость подобной альтернативы была подтверждена пунктом 6 Информационного письма Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 10.12.2013 № 162 «Обзор практики применения арбитражными судами статей 178 и 179 Гражданского кодекса Российской Федерации», в котором обманутому покупателю была предоставлена альтернатива: либо оспорить сделку и потребовать возмещения убытков (этот вариант защиты направлен на восстановление положения, существовавшего до заключения договора), либо предъявлять продавцу требования, вытекающие из договора купли-продажи (этот вариант защиты основан на сохранении договорных отношений, хотя не исключает их последующего прекращения).

Заключение

По результатам настоящего исследования мной были сделаны следующие выводы:

1. Необходимо разграничивать правопрепятствующие, правопогашающие и правосдерживающие юридические факты.

2. Возражение относится к категории секундарных гражданских прав. Оно обладает рядом особенностей таких как: направленность исключительно против притязаний, возможность отмены должником правового эффекта их осуществления.

3. Состояние сдерживания притязания, наступающее после использования некоторых возражений по германскому гражданскому праву, и после использования всех возражений по российскому, не позволяет кредитору постоянно или временно осуществить притязание против воли должника.

4. Существуют большие сомнения возможности сторон отменить состоявшиеся ранее между ними распорядительные сделки путем заключения соответствующего соглашения.

4. Право оспаривания способно оказывать влияние на появление у должника возражений, однако оно является, скорее, правопрепятствующим юридическим фактом, нежели возражением.

Список литературы:

Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts /begründet von K. Larenz; fortgeführt von M. Wolf. -9., neubearbeitete und erweiterte Auflage. -München :Verlag C. H. Beck, 2004. - 986 S.

Крашенинников, Е.А. Понятие и предмет исковой давности: монография. Ярославль, 1997. С. 11

Крашенинников Е.А. К теории права на иск. Ярославль: Изд-во Ярослав. гос. ун-та, 1995. 73 с.

