



МОСКОВСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ УНИВЕРСИТЕТ

имени М.В. ЛОМОНОСОВА

ЮРИДИЧЕСКИЙ ФАКУЛЬТЕТ

МАГИСТРАТУРА

Магистерская программа «магистр частного права»

Выпускная квалификационная работа

**«Оборотоспособность права на получение патента на изобретение, полезную модель
или промышленный образец»**

Аристов Георгий Дмитриевич
(Ф.И.О.)

Научный руководитель
к.ю.н., доцент

Щербак Наталия Валериевна
(Ф.И.О.)

Дата защиты: «__» _____ 2020 г.

Оценка: _____

Работа представлена на кафедру «__» _____ 2020 г.

Работа загружена в ЭБС «__» _____ 2020г.

Москва

2020 г.

ОГЛАВЛЕНИЕ

ВВЕДЕНИЕ.....	2
ГЛАВА I. ПРАВО НА ПОЛУЧЕНИЕ ПАТЕНТА КАК ОБЪЕКТ ГРАЖДАНСКОГО ОБОРОТА	7
§ 1. ОБЩЕЕ УЧЕНИЕ О СИСТЕМЕ ОБЪЕКТОВ ГРАЖДАНСКИХ ПРАВ	7
1.1. Монистическая концепция объектов гражданских прав	7
1.2. Плюралистическая концепция объектов гражданских прав	13
1.3. Субъективное право как объект гражданских прав	19
§ 2. ПРАВО НА ПОЛУЧЕНИЕ ПАТЕНТА КАК РЕТРОТРАКЦИЯ ИСКЛЮЧИТЕЛЬНОГО ПРАВА.....	29
2.1. Проблема защиты интересов обладателя права на получение патента до признания и охраны исключительного права	29
2.2. Теория абсолютной защиты относительных прав.....	35
2.3. Право на получение патента: правовая объективация отношений присвоения.....	44
ГЛАВА II. ПРОБЛЕМНЫЕ АСПЕКТЫ ПЕРЕХОДА ПРАВА НА ПОЛУЧЕНИЕ ПАТЕНТА ПО ДОГОВОРУ	54
§ 1. ПРАВОВАЯ ПРИРОДА ДОГОВОРА ОБ ОТЧУЖДЕНИИ ПРАВА НА ПОЛУЧЕНИЕ ПАТЕНТА	54
1.1. Алеаторный характер договора.....	55
1.2. Соотношение алеаторности с потестативной условностью	60
1.3. Кауза алеаторной сделки.....	65
§ 2. ДОГОВОР ОБ ОТЧУЖДЕНИИ ПРАВ НА ПОЛУЧЕНИЕ ПАТЕНТА В РАЗЛИЧНЫХ АСПЕКТАХ ТЕОРИИ ДОГОВОРНОГО ПРАВА	75
2.1. Нормативная теория	75
2.2. Аналитическая теория	82
2.3. Современные тенденции континентального договорного права.....	89
ЗАКЛЮЧЕНИЕ	96
СПИСОК ИСПОЛЬЗУЕМОЙ ЛИТЕРАТУРЫ	100

ВВЕДЕНИЕ

Актуальность темы исследования. Право на получение патента занимает особое место в системе охраны объектов промышленной собственности. С одной стороны, это одно из немногих интеллектуальных прав, имеющих относительную природу.¹ С другой стороны, право на получение патента является предпосылкой возникновения² исключительного права, а, следовательно, в известном смысле, суть эвентуальная³ монополия. Как представляется, это единственное относительное право, обладающее такой характеристикой. При всём этом, будучи имущественным правом, значится оборотоспособным. Сопряжение указанного являет уникальный денотат. Прошлые работы, в отсутствии известных нам исключений, в первую очередь обращались к исследованию функциональных свойств права на получение патента, иными словами, как к элементу патентного состава. Мы надеемся доказать, что рассмотрение права на получение патента сквозь призму категории «объект гражданско-правового оборота» позволит обнаружить его опциональные свойства, превратить из эпифеномена исключительного права, в феномен последнего. Указанное будет служить теоретической основой к изменению неблагоприятной практики отказа в защите интересов правообладателя до получения патента при несанкционированном копировании и распространении содержания его интеллектуального продукта. Кроме того, это даст основания к пересмотру действующего режима регулирования отчуждения права на получение патента. Мы рассчитываем доказать, что, не смотря на особые свойства этого права, возложение риска непатентоспособности на приобретателя не отвечает потребностям участников оборота, следовательно, неблагоприятно сказывается на достижении одной из основных целей защиты

¹ Пиленко А.А. Право изобретателей. СПб, 1902. С. 421.

² Там же. С. 421 – 422.

³ Тут и далее в значении диалектической категории возможности: право на получение патента при известных обстоятельствах приводит к возникновению исключительного права.

интеллектуальной собственности – стимулировании создания новых результатов интеллектуальной деятельности.¹

Объектом исследования выступает право на получение патента.

Предмет исследования – свойства права на получение патента в аспекте его оборотоспособности.

Цель настоящего исследования заключается в (1) установлении новых свойств права на получение патента в системе охраны объектов промышленной собственности посредством исследования статической объектоспособности и (2) проведении критического анализа уже известных свойств режима его динамической объектоспособности.

Для достижения первой составляющей цели требуется (1.1) изложить общее учение об объектах гражданских прав с тем, чтобы определить место права на получение патента как субъективного права в системе каждого из подходов. Затем, необходимо (1.2) представить проблему интервенции в относительное правоотношение,² обозреть подходы к её разрешению с тем, чтобы проанализировать последствия распространения в адрес права на получение патента.

Вывод этой части работы формулируется в качестве положения о том, что придание абсолютной защиты праву на получение патента (хотя и в редуцированном объёме ввиду особенностей сущностной модели охраны) позволяет заключить о его изначально тождественной природе с исключительным правом.

Для достижения второй составляющей цели мы должны (2.1) привести общие сведения о конструкции рискованной сделки с тем, чтобы предметно показать как обычное условие о возложении риска непатентоспособности на приобретателя по договору об отчуждении права на получение патента придаёт последнему алеаторный характер. Далее, мы (2.2) рассмотрим договор

¹ Право интеллектуальной собственности: общее учение. Авторское право и смежные права: учебное пособие для вузов / Н.В. Щербак. М., 2020. С. 20.

² Как будет понятно, сама постановка вопроса имеет своим основанием одну из теорий объектов гражданских прав.

об отчуждении права на получение патента в аспекте различных договорных теорий с тем, чтобы определить, соответствует ли диспозитивная норма о возложении риска непатентоспособности на приобретателя потребностям и ожиданиям участников гражданско-правового оборота, а также установить правовые последствия расхождения воли сторон с замещающим правовым регулированием.

Вывод этой части работы состоит в утверждении о ненадлежащем регулировании отношений по приобретению права на получение патента.

Методы исследования. К основным общенаучным методам относятся: анализ, синтез, обобщение, классификация. Частнонаучные методы представлены: нормативно-правовым, технико-юридическим, сравнительно-правовым и экономическим анализами.

Степень научной разработанности темы. Специальные исследования по избранной теме не проводились. Общий обзор подходов, формирующих учение об объектах гражданских прав, предлагают в частности: Р. С. Бевзенко, В. А. Белов, Д. Д. Гримм. Отдельные исследования дореволюционного периода были выполнены А. Гольмстенем, Л. И. Петражицким и Г. Ф. Шершеневичем. В советский период этим вопросом занимались профессора М. М. Агарков, К. О. Берновский, О. С. Иоффе и Я. М. Магазинер. В современной отечественной теории известны работы В. А. Лапоча, В. Н. Протасова, В. И. Сенчищева. Кроме того, эта тема освещается во множестве пандектных курсов, в особенности, за авторством: Е. Бирлинга, О. Вендта, О. ф. Гирке, И. Кирульфа, К. Козака, Е. Рогуйна. Современные исследования некоторых особенностей вопроса проводились: П. Бриксом, Г. Греттоном, Ф. Джильо, С. Джиноссаром, М. Кайзером и В. Флюмом.

Исследования проблема абсолютной защиты относительных прав в основном представлены А. Катсом, П. Эртманном, а в советской теории права – В. К. Райхером. Последние отечественные работы на эту тему, в частности, подготовлены: В. В. Байбаком, Л. Г. Ефимовой, Е. А. Крашенинниковым, С. А. Сеницыным.

Применительно к вопросам общей теории интеллектуальной собственности в отечественном праве в первую очередь выделяются работы В. А. Дозорцева, Л. С. Новосёловой, Н. В. Щербак. Иностранцы авторы по этой теме: Р. Нозик, В. Фишер, И. Фихте, Дж. Хьюз. Природа права на получение патента освещается в фундаментальном труде А. А. Пиленко. Анализ истории развития промышленной собственности проводился за рубежом: Б. Багби, С. Дентоном, Р. Клитске, Р. Хаухартом.

Природа алеаторных сделок рассматривалась: Ю. Бароном, Р. Потье, Р. Саватье. Современный обзор исследований был подготовлен М. Кайзером и Н. Б. Щербаковым. Применительно к связанным темам использовались труды: Ю. С. Гамбарова, Д. Д. Гримма, Д. М. Мейера, К. П. Победоносцева, А. Н. Радищева, Б. Виндшейда, Е. Годэме, Г. Дернбурга, Л. Ж. Морандьера, Л. Эннекцеруса.

На тему теории договора за рубежом писали: В. Ансон, Е. Барент, Р. Бенсон, Дж. Гордли, Э. МакКендрик, С. Смит, Дж. Стейн, Р. Элликсон. В дореволюционном праве в первую очередь на себя обращает внимание специальное исследование А. С. Нечаева. Общие курсы: Г. Дернбурга, Б. Виндшейда, Л. Эннекцеруса и других.

Апробация результатов настоящего исследования была проведена в рамках выступления на круглом столе Юридического факультета МГУ им. М.В. Ломоносова, посвящённом теме «ограничения исключительного права: в поисках баланса интересов» (29.11.2019 г.). Тезисы настоящего исследования были представлены на XXVI Международной научной конференции студентов, аспирантов и молодых ученых «Ломоносов».

Практическая значимость исследования состоит в обосновании: 1) возможности предварительной защиты объекта промышленной собственности от несанкционированного копирования и распространения до обращения в регистрирующий орган и получения патента; 2) необходимости уточнения диспозитивной нормы о возложении риска непатентоспособности на

приобретателя по договору с целью адаптации правового регулирования к потребностям участников гражданско-правового оборота.

Структура работы представляет собой две главы, сепарированных в соответствии с аспектами цели исследования. Каждая из глав включает два параграфа следуя приведённым выше задачам. Каждый из параграфов делится на три пункта сообразно этапам дедуктивного изложения.

ГЛАВА I. ПРАВО НА ПОЛУЧЕНИЕ ПАТЕНТА КАК ОБЪЕКТ ГРАЖДАНСКОГО ОБОРОТА

§ 1. ОБЩЕЕ УЧЕНИЕ О СИСТЕМЕ ОБЪЕКТОВ ГРАЖДАНСКИХ ПРАВ

Теория права предлагает множество различных подходов к определению понятия «объект¹ гражданских прав²». При приложении *количественного* критерия различают: монистическую (А) и плюралистическую (Б) концепции. Монистический подход предполагает, что объектом всякого права может выступать только одно явление; плюралистический подход, а *contrario*, допускает свойство объектности за множеством разнородных явлений.³ Некоторые правоведы⁴ различают объекты разных уровней: объектом первого уровня способно выступать лишь одно явление; второй уровень – многообъектен.⁵

При приложении *качественного* критерия различают: общефилософскую (Х) и специально-юридическую (У) концепции. Общефилософский подход имеет место в случае, когда критерий назначения некоторого явления объектом права «заимствуется» из философии; специально-юридический подход отождествляет объект права с категорией «благо» в его экономическом значении.

1.1. Монистическая концепция объектов гражданских прав

Исследования, обосновывающие общефилософский подход к определению объекта прав, оперируют диалектическим инструментарием.⁶ Так, связка «субъект – объект» призвана описать некоторое отношение

¹ Некоторые зарубежные правоведы, в частности Дж. Унгер и К. Козак, используют термин «предмет гражданских прав» (*gegenstand des rechtes*) для обозначения того, что обычно принято называть «объектом». См. подробнее: Гримм Д.Д. К учению об объектах прав // Журнал юридического общества при Императорском С.-Петербургском университете. СПб., 1905. С. 5 (соч.). Для удобства изложения: во всех случаях далее «предмет» заменяется на «объект».

² Аналогичное касается терминов «право» и «правоотношение».

³ См. подробнее: Берновский К.О. Объект права. Хар., 1931. С. 5; Бевзенко Р.С. Объекты гражданских правоотношений. М., 2010. С. 15.

⁴ См. к прим.: Тарановский Ф.В. Учебник энциклопедии права. Юрьев, 1917. С. 155.

⁵ См. подробнее: Иоффе О.С. Избранные труды. Т. 1. СПб, 2003. С. 60 – 61.

⁶ См. к прим.: Иоффе О.С. Там же. С. 59 и далее.

воздействия. Поэтому, «субъект» необязательно должен быть одушевлённым. Когда мы говорим об объекте прав как субстанции, подлежащей воздействию, то воздействующей субстанцией выступает субъективное право. В рамках общеправового подхода следует выделить тех авторов, кто признаёт объектом воздействия субъективного права: волю (1)¹, действия (2)², человека (3)³, вещи (4)⁴.

1 и 2) Применительно к различию «воли» и «действия» следует согласиться с Д. Д. Гримом: причина кроется в смешении объекта воздействия и результата такого воздействия.⁵ Например, О. С. Иоффе убеждён в том, что именно действия как *quid facti* способны к реагированию на воздействие права.⁶ Не требует пояснений то, что воздействие права имеет психическую природу, а значит обращается к сознанию должника (его воле). Л. И. Петражицкий делает важное замечание: субъективное право (и имманентная ему обязанность) есть эмоциональная проекция,⁷ идея, несуществующая объективно, вне носителей сознания. Сама по себе, эта верная мысль часто критикуется в том духе, что если бы субъективное право и обязанность не существовали объективно, то право бы лишилось определённости, значит перестало бы быть правом в собственном смысле слова,⁸ «ведь нельзя же считать, что если должник исполнил только то, что ему мыслилось обязанностью, он свободен от притязаний кредитора».⁹ Дело тут заключается

¹ В частности: Дж. Унгер (Гримм Д.Д. Указ. соч. С. 4 (соч.)). Сегодня аналогичного подхода придерживается: В. А. Лапач (Лапач В.А. Система объектов гражданских прав: теория и судебная практика. СПб, 2002. С. 108) и О. С. Иоффе (Иоффе О.С. Спорные вопросы учения о правоотношении // Иоффе О.С. Избранные труды по гражданскому праву. М., 2000. С. 674, 678 – 679).

² В частности: И. Кирульф, Е. Рогуйн (Иоффе О.С. Избранные труды. С. 60), А. Гольмстен, (Гольмстен А. Учебник русского гражданского судопроизводства. СПб, 1889. С. 105), Я. М. Магазинер (Магазинер Я.М. Советское хозяйственное право, Л. 1928, С. 174).

³ В частности: О. Вендт (Иоффе О.С. Там же. С. 60), частично Е. Бирлинг (Иоффе О.С. Иоффе О.С. Там же. С. 60 – 61), Ф. Тарановский (Тарановский Ф. Указ. соч. С. 155.) и Н. Г. Александров (Александров Н.Г. Юридическая норма и правоотношение: Стенограмма доклада. М., 1947).

⁴ Агарков М.М. Обязательства по советскому гражданскому праву. М., 1940. С. 22. На аналогичное расхождение применительно к обязательственному праву указывал Г. Дербург, добавляя, что ещё одним объектом иногда называют имущество (Гримм Д.Д. Там же. С. 8).

⁵ Гримм Д.Д. Там же. С. 2 – 3. По замечанию профессора, первыми указали на это Унгер и Регельсберг.

⁶ Иоффе О.С. Указ. соч. С. 64.

⁷ Петражицкий Л.И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. СПб., 2000. С. 339 и далее.

⁸ О значении определённости для права см. к прим.: Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. М., 2013. С. 91 и далее.

⁹ Бевзенко Р.С. Указ. соч. С.14

в фикции: «объективно существующим» субъективным правом (обязанностью) признаётся результат интерполяции норм объективного права на конкретные фактические обстоятельства конкретным судьей (а не участниками отношений или иными лицами).¹

Возвращаясь к материалам Л. И. Петражицкого: когда профессор разъясняет, что объектом *обязанности* являются представления о необходимом (в связи с долженствованием) поведении типа *facere, non-facere uel pati*,² он имеет ввиду то, что представление о субъективной обязанности воздействует на сознание должника с тем, чтобы вызвать: (а) моделирование должного поведения и (б) волевой акт реализации должного поведения. Тот факт, что лицо может не знать об «объективно существующем» субъективном долженствовании или иметь представления, не совпадающие с содержанием «объективно существующего» субъективного долженствования, конечно, *не* означает, что он (а) не является должником, ибо *ignorantia non est argumentum*, и что (б) субъективная обязанность не имеет объекта воздействия. Понятно, что воздействие можно понимать в сущем (свершённом) и должном (потенциальном) смыслах. Л. И. Петражицкий пишет о воздействии в совершенной временной модальности только потому, что цель его – показать механику душевных переживаний *в процессе (динамике)*. Когда мы говорим о воздействии «объективно существующей» субъективной обязанности, то говорим о воздействии должном; сущим такое воздействие проявит себя, когда субъективное представление индивида о своём долженствовании совпадёт по содержанию с «объективно существующей» субъективной обязанностью; в этом последнем случае мы будем говорить, что воздействие оказала «объективно существующая» субъективная обязанность, то есть, в

¹ Поскольку решение судьи может быть отменено в связи с неправильным применением норм материального права, то есть, когда, в сущности, судья допустил «ошибку» интерполяции (по мнению вышестоящего судьи), то «объективно существующим» субъективным правом (обязанностью) следует признавать результат интерполяции крайней вышестоящей инстанции. Кроме того, фикция заключается и в *темпоральной параллаксе* – «объективно существующее» субъективное право (обязанность) мыслится существующей до фактической интерполяции судьей, а именно – с момента наступления юридического факта, с которым закон связывает возникновение правоотношений.

² Петражицкий Л.И. Указ. соч. С. 340.

действительности, осуществим подмену субъектов воздействия: «объективно существующая» субъективная обязанность, сама по себе, неспособная воздействовать вообще (ибо есть фикция), заменит собой индивидуальное представление о субъективной обязанности, которая только и способна влиять на поведение.¹

1 и 3) Первые исследования часто обозначали объектом права именно человека.² В период господства идеологии классовой борьбы такой подход связывался с «феодално-крепостническими тенденциями буржуазной юридической науки» и, конечно, подвергался резкой критике.³ Но и сегодня всё ещё можно встретить апеллянтов «гуманизма».⁴ Как и в случае подмены «воли» на «действия», тут мы имеем тоже смешение. Д. Д. Гримм, указавший на равносильность утверждений «объект – воля» и «объект – действия»⁵ (в смысле того, что оппоненты имеют ввиду – сознание), делает то же и для «объекта – лица», ведь «если моя воля связана, то и я сам связан».⁶ Такое отождествление допустимо, ведь даже О. ф. Гирке даёт указание, что человек

¹ Тут также следует оговориться, что, само по себе, воздействие субъективного права (обязанности) на сознание не означает, что лицо будет моделировать своё поведение в соответствии с его предписаниями. Кроме субъективного права (обязанности) на волю оказывает воздействие множество факторов, иногда способных девальвировать значение права (долга) при принятии решения. Однако, при всей своей последовательности, Л. И. Петражицкий заключает: хотя, субъективное право вызывает представления о должном поведении обязанного лица, оно имеет смысл ровно настолько, насколько обязанное лицо связывает своё поведение с собственными представлениями о своём долге; поэтому, объектом субъективного права выступают деяния обязанного лица (Петражицкий Л.И. Указ. соч. С. 340). Безусловно, конкретные субъективные права и обязанности неразрывно связаны настолько, что трансцендентально представляют из себя одно явление – норму поведения конкретных лиц; только в результате их постижения, а posteriori, раскладываются на составные элементы, которые затем атрибутируются к одному лицу так, что он становится должником, к другому так, что он становится кредитором. Однако, совершенно непонятно, каким образом объектами единого явления (хотя и прошедшего демаркационную атрибуцию) могут выступать сознание (для возникновения представлений о должном поведении) и фактическое поведение. Исходя из вышеизложенных представлений Л. И. Петражицкого, мы не видим достаточных оснований к обособлению его подхода от общефилософского (А), как это делает, в частности, Р. С. Бевзенко (Бевзенко Р.С. Указ. соч. С. 8).

² В частности: О. ф. Гирке, К. Козак, К. Кроме (Гримм Д.Д. Указ. соч. С. 22 – 24).

³ См. к прим.: Иоффе О.С. Указ. соч. С. 60.

⁴ См к прим.: Сенчищев В.И. Объект гражданского правоотношения // Актуальные проблемы гражданского права. М., 1999. С. 121. Занимательно и то, что против представителей теории «объекта-действия» нередко высказываются аналогичные тезисы, ведь, якобы, действия не могут быть обособлены от своего носителя – лица. См. подробнее: Белов В.А. Объект субъективного гражданского права, объект гражданского правоотношения и объект гражданского оборота: содержание и соотношение понятий. М., 2007. С. 42. Такого мнения, в частности, придерживался М. М. Агарков (Агарков М.М. Указ. соч. С. 192).

⁵ Гримм Д.Д. Там же. С. 6. Следует обратить внимание, что в комментируемом участке, профессор, как и Л. И. Петражицкий, использует совершенную временную логическую модальность; однако, это не означает, что Д. Д. Гримм совершает ошибку, на которую сам обращал внимание читателей: «связанность воли» (лица) – только желаемый результат воздействия права.

⁶ Там же. С. 11.

как объект права суть «... существо, признанное постановлением права в качестве *носителя свободной воли*». ¹ В этой связи верным представляется тезис В. А. Белова: «нет ничего ужасного» в том, что человек является объектом права, ведь сведение объекта-человека к рабу означает, что речь идёт не об объекте права, а об объекте фактического господства, охраняемого правом.²

1 и 4) Особенность данного подхода по сравнению с другими заключается в том, что, основываясь на диалектической предпосылке, его представители назначают субъектом воздействия не само «объективно существующее» субъективное право, но управомоченное лицо. Логика такого подхода удачно изложена М. М. Агарковым: поскольку *содержанием правоотношения выступает поведение обязанного лица*, постольку поведение это направляется на вещи или «во всяком случае, прежде всего на вещи».³ О. С. Иоффе обращается к М. М. Агаркову с критикой: такое определение было бы верным, если бы поведение обязанных лиц действительно составляло содержание правоотношений; однако, *правоотношения образуют правомочия и обязанности*, но не сами действия должника.⁴ Должно быть понятно, что оба профессора ищут объект *правоотношений* в строгом соответствии с диалектическим подходом; более того, каждый из них находит его верно. Дело заключается только в том, что представляет из себя правоотношение по мнению каждого из них.⁵

¹ Grimm Д.Д. Указ. соч. С. 21. Между «*связанностью воли*» у Д. Д. Гримма и «*свободой воли*» у О. ф. Гирке нет противоречий. Говоря о «связанности» Д. Д. Гримм имеет ввиду то, что воля человека, с тем или иным результатом, но подвергается воздействию правовых предписаний; О. ф. Гирке указывает на «*свободу волю*» для противопоставления человека вполне правоспособного – рабу.

² Белов В.А. Указ. соч. С.41. У автора вместо «объект права» – «объект правоотношение». Но, вместе с этим, хотя, «лицо», «воля» и «поведение» взаимосвязаны, их отождествление не должно быть механическим (Бевзенко Р.С. Указ. соч. С. 22. В оригинале вместо «лицо» – «личность»).

³ Агарков М. М. Указ. соч. С. 22. По замечанию О. С. Иоффе, этот подход получил наиболее распространение в советской доктрине (Иоффе О. С. Указ. соч. С. 63).

⁴ Там же. С. 64.

⁵ На непоследовательность постановки проблемы (смешение правоотношения и субъективного права, а также объективного права) указывал, в частности, В. А. Белов (Белов В. А. Там же. С. 2).

Вместе с этим, заслуживает интерес положение М. М. Агаркова о существовании «безобъектных правоотношений».¹ Действительно, если объектом являются вещи, то как быть с правоотношениями по оказанию услуг?² Например, Н. Г. Александров констатирует: неимущественное правоотношение не имеет объекта.³ О. С. Иоффе, напротив, убеждён в том, что объект – «необходимый элемент всякого правоотношения»⁴; утверждения об обратном означают «отрицание целого ряда правовых отношений»⁵. Как мы помним, разногласия учёных касаются определения категории «правоотношение». Поэтому, критические замечания О. С. Иоффе об этом аспекте – методологически несостоятельны. Для того, чтобы обосновать невозможность существования безобъектных отношений, необходимо следовать аксиоме о фактическом содержании правоотношений. И так, бесспорно, человек может оказывать *физическое* воздействие на вещи, то есть, объекты материального мира.⁶ Но, если мы оперируем диалектическим инструментарием, то почему воздействие не может иметь идеальный характер? Едва ли может вызвать критику утверждение о том, что певица или актёр *воздействуют* на свою публику исполняя какую-нибудь оперную партию или играя драматическую роль. В конце концов, даже дедуктивная логика подсказывает, что если речь идёт о категории «отношение», то «воздействие», фактическое или идеальное⁷, существует с необходимостью: «воздействие» (взаимодействие) суть «отношение». В связи с изложенным выше мы должны затронуть ещё один важный вопрос. Как известно, К. ф.

¹ Агарков М.М. Указ. соч. С. 29, 39. Аналогичной позиции В. А. Белов (Белов В. А. Указ. соч. С. 31 и далее), Л. Эннекцерус (Эннекцерус Л. Курс германского гражданского права. М., 1949. Т.1. П.Т. 1. С. 259 – 260) и Беккер (Гримм Д.Д. Указ. соч. С. 10). По замечанию Р. С. Бевзенко, концепция «безобъектных отношений» не находит широкой поддержки (Бевзенко Р.С. Указ. соч. С. 9).

² Схожим вопросом задаётся М. М. Агарков в соавторстве с Генкиным (Гражданское право. Учебник для юридических вузов / Под ред. М.М. Агаркова и Д.М. Генкина М., 1944. Т. I. С. 71).

³ Александров Н.Г. Законность и правоотношения в советском обществе. М., 1955. С. 117 – 118.

⁴ Иоффе О.С. Указ. соч. С. 65.

⁵ Там же. С. 62.

⁶ Строго говоря, другие люди, наравне с вещами, также являются объектами материального мира. В этом смысле люди рассматриваются не как личности, но как тела.

⁷ Необходимо иметь ввиду, что идеальное воздействие человека на человека опосредуется физическим воздействием. В этом смысле, идеальное воздействие всегда посредственно (косвенно).

Свиньи первым¹ выдвинул тезис о том, что правоотношение существует между людьми;² это положение получило широкое признание, хотя часть цивилистов³ остались приверженцами «фетишистского подхода»⁴. Означает ли это, что М. М. Агарков отрицает правоотношение как *vinculum juris solum inter vivos*? Ответ должен быть отрицательным. Как и О. С. Иоффе⁵, М. М. Агарков признаёт тезис К. ф. Савиньи. Однако, когда О. С. Иоффе пишет, что вещь не может быть объектом правоотношения,⁶ то имеет ввиду то, что вещь способна подвергаться только физическому, но не правовому воздействию.⁷ Иными словами, *право воздействует на сознание людей с тем, чтобы люди осуществляли или не осуществляли воздействия на вещи*⁸. Как должно быть понятно, М. М. Агарков определил скорее объект *хозяйственного* воздействия; и именно при такой формулировке О. С. Иоффе соглашается означать объектом вещи.⁹

Таким образом, в рамках общефилософского подхода (X) выделяются два направления. Назовём их условно: первое – (X1) философско-правовым (соответствует – 1,2,3); второе – (X2) чисто-философским (соответствует – 4). Каждый подход описывает соответствующую часть общего процесса правового бытия человека. Оттого, эти подходы не исключают друг друга.

1.2. Плюралистическая концепция объектов гражданских прав

Концепция «объект-благо» получила наибольшее распространение в цивилистической доктрине.¹⁰ При этом, одни исследователи прямо

¹ См. к прим.: Бевзенко Р.С. Указ. соч. С. 3.

² Savigny F.C. System des heutigen römischen Recht. В. 1. Berlin, 1840. S. 333; цит. по: Магазинер Я.М. Объект права // Правоведение. М., 2000. № 6. С. 203.

³ Например О. Вендт (O. Wendt, Lehrbuch der Pandekten, 1888, S. 15; цит. по Иоффе О.С. Указ. соч. С. 60).

⁴ Термин «фетишизм» в отношении вещно-правового подхода к объекту правоотношений употреблял В. К. Райхер (Райхер В. К. Абсолютные и относительные правоотношения. (К проблеме хозяйственных прав). В особенности применительно к советскому праву // Вестник гражданского права. Научный журнал. М. 2007. № 2: Т. 7. С. 146).

⁵ Иоффе О.С. Там же. С. 65.

⁶ Там же.

⁷ Там же. С. 67 – 68. С этим, косвенно, соглашается и В. А. Белов (Белов В.А. Указ. соч. С. 5)

⁸ Если наши тезисы удовлетворительны, то к «вещи» следует добавить «человека как тело» и «человека как личность».

⁹ Иоффе О.С. Там же. С. 63. Использует вместо «хозяйственный» – «экономический».

¹⁰ Там же. С. 59, 63.

характеризовали объект как благо, другие – только косвенно, поясняя, что объектом является то, в отношении чего осуществляется «господство»¹.

В рамках концепции «объект-благо» можно выделить несколько подгрупп в зависимости от численности объектов: (1) вещи, действия, сторонние лица, *собственное лицо*;² (2) вещи, действия, *сторонние лица*;³ (3) вещи и *действия*, либо вещи и *сторонние лица*.⁴

(1) Выделяя в качестве объекта «собственное лицо», цивилисты имеют ввиду то, что сегодня принято обозначать т.н. «нематериальными благами», а именно – жизнь, здоровье, честь и т.п.⁵ Следовательно, дело тут заключается только в том, проводим ли мы различие между благами «лежащими в нас» и, собственно, нами.⁶

(2) Выделение «сторонних лиц» в *триединстве* с вещами и действиями, следует отличать от эвфемизма «действия» – «сторонние лица» в *двудединстве* с вещами. По преодолении рабства, категория «сторонние лица» служила для обозначения объекта господства в семейных отношениях, тогда ещё не

¹ В частности: К. ф. Савиньи, Г. Пухта, Дж. Унгер, О. ф. Гирке (Гримм Д.Д. Указ. соч. 3 – 5, 20), Д. И. Мейер (Мейер Д.И. Русское гражданское право. Пг., 1915. С. 94), Е. В. Васьяковский (Васьяковский Е.В. Учебник гражданского права. М., 2003. С. 115 и далее), В. М. Хвостов (Хвостов В.М. Общая теория права: Элементарный очерк. М., 1905. С. 117 – 118), Н. Е. Чижов (Чижов Н.Е. Введение в изучение права (Энциклопедия права). Одесса, 1908. С. 94), Е. Н. Трубецкой (Трубецкой Е.Н. Лекции по энциклопедии права. М., 1909. С. 189), Я. М. Магзинер (Магзинер Я.М. Избранные труды по общей теории права. СПб., 2006. С. 335). Основание отнесения последних к представителям данной концепции складывается из того, что: «господство» суть юридическая форма экономического отношения по присвоению; поскольку присвоение обращается к благам, то туда же обращается и «господство», то есть, «господство» осуществляется над благами. Наиболее полно эта мысль выражена К. ф. Савиньи (Савиньи К. ф. Система современного римского права. Т. 1. М., 2011. С. 458).

² В частности: Г. Пухта (Гримм Д.Д. Там же. С. 3), В. М. Хвостов (Хвостов В.М. Система римского права. М., 1996. С. 123).

³ В частности: К. Козак (Гримм Д.Д. Там же. С. 23 – 24), Д. И. Мейер (Мейер Д.И. Там же. С. 94), Е. Н. Трубецкой (Трубецкой Е.Н. Там же. С. 189), Г. Ф. Шершеневич (Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. М., 1911. С. 59).

⁴ В частности: С. А. Голунский и М. С. Строгович (Голунский С.А. и М.С. Строгович. Теория государства и права. М., 1940. С. 277), Е. В. Васьяковский (Васьяковский Е.В. Там же. М., 2003. С. 115), Э. Беккер, Ф. Регельсберг (Гримм Д.Д. Там же. С. 15).

⁵ Шершеневич Г.Ф. Там же. С. 597 – 598.

⁶ На смешение нематериальных благ и личности указывал Ю. С. Гамбаров (Гамбаров Ю.С. Гражданское право. СПб., 1911. С. 571). При этом, некоторые цивилисты, вполне осознавая смысл выражения «собственная личность», обращаются с критикой к самой необходимости выделения такого объекта. Например, Г. Ф. Шершеневич указывает: хотя интересы, связанные с жизнью, здоровьем, честью и т.п. охраняются правом, но отнюдь не частным, а только публичным; поэтому, не могут относиться к объектам гражданских прав (Шершеневич Г.Ф. Там же. С. 598). Ошибочность выдвинутого тезиса очевидна; собственно, сам профессор выше комментируемого тут участка пишет: «... право (*имея ввиду именно частное – Г.Д.*) обеспечивает, сверх материальных, также и нравственные интересы...» (Там же. С. 591).

свободных от patria potestas.¹ Таким образом, выделение «объекта-стороннего лица» было вполне обоснованным на прежнем историческом этапе развития общества.

(3) Как и применительно к проблеме «объекта-лица» в рамках общепhilosophического подхода, тут дело также заключается в «гуманизме»: если «господство» осуществляется над лицом, то это суть рабство; если «господство» должно иметь предел, то объектом его следует признать не человека в целом, а отдельные полезные действия.² Однако, выделение «объекта-лица» вместо «объекта-действия» связано не с попыткой порабощения индивидов, но с требованием последовательности при структурировании системы. Верно замечает В. Н. Протасов, что вещи не являются благами вообще; они выступают таковыми в том смысле, что способны быть полезными.³ Иными словами, с экономической точки зрения, вещь выступает благом лишь в силу своей потребительной стоимости, то есть, степени потенциальной полезности её использования для удовлетворения соответствующих потребностей.⁴ Таким образом, «благо» условно состоит из: *носителя* – некоторой материальной субстанции; *свойства* – полезности, подлежащей извлечению из носителя с целью сатисфакции индивида.⁵ Например: земельный участок – носитель; плодородие почвы – свойство, необходимое для воспроизведения пищи с известными целями. Но свойство

¹ Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 596. В старом семейном праве pater familias действительно имел право не на те или иные действия жены и ребёнка, но в самом деле на них, словно они были бездушными вещами (Там же). В России, начиная с конца девятнадцатого века, старое семейное устройство постепенно заменяется новым, основанным на принципе pro tutela. Pater familias становится cognitor недееспособных жены и ребёнка; то что прежде было его «властью», теперь становится осуществлением прав его подопечных (tutela mulierum). Собственно, поэтому, супружеские и родительские права становятся публичной обязанностью (Там же. С. 597). Сегодня, в отношении ребёнка это новое устройство продолжает действовать, тогда как жена, уже более не являясь «по природе своей легкомысленной» (levitas animi), осуществляет свои права собственными действиями, а с мужем имеет равные права.

² Савиньи К. ф. Указ. соч. С. 460. Г. Ф. Шершеневич обращается с критикой к К. Козаку: «при таком подходе совершенно невозможно провести различие между рабом и должником, обязанным исполнить принятое на себя по договору обязательство» (Шершеневич Г.Ф. Там же. С. 589).

³ Протасов В.Н. Правоотношение как система. М., 1991. С. 89.

⁴ Маркс К. Капитал. Критика политической экономии. Т. 1. К. 1. М., 1952. С. 42.

⁵ Г. Ф. Шершеневич также давал разъяснения о полезности вещи. Однако, выступал против разделения вещи и её назначения, поскольку «ограниченная часть материи есть вещь потому, что она обладает... способностью выполнять известное экономическое назначение» (Шершеневич Г.Ф. Там же. С. 592). К. Маркс: «свойства товарного тела не существуют вне последнего» (Маркс К. Там же. С. 42). Как должно быть заметно, Г. Ф. Шершеневич говорит о вещи как о товаре (вещь не товар – не является у него вещью).

не следует понимать узко, как только что-то материальное. Предметность свойства прямо зависит от характера потребности. Например: скульптура – носитель; эстетика – свойство. Аналогично этому мы можем увидеть лицо как носитель, а поведение, образованное его волей, как свойство, ведь именно в актах действия и воздержания от действия заключается полезность. При этом, следует иметь в виду, что и носитель не во всех случаях должен быть материальным. Применительно к той же скульптуре: её физическая составляющая выражает собой результат интеллектуальной деятельности. Последний, хотя бы и будучи идеальным объектом, также должен квалифицироваться в качестве носителя. Если свойство, как абстрактная категория, служит обозначению возможного использования, то свойство результата интеллектуальной деятельности должно состоять в потенциальности его воплощения. Это касается не только скульптуры, архитектурного проекта, музыкального или сценического произведения, но и объектов промышленной собственности. Теперь должно быть понятно, что если структура объектности строится на носителях, то объектами будут вещи, результаты интеллектуальной деятельности и лица; если структуру составляют свойства, то объекты суть *эффекты* (вещей, результатов интеллектуальной деятельности и лиц).¹

Сообразно последнему суждению, многие цивилисты разъясняют, что вещи выступают объектами только вещных прав, действия (лица) – лишь обязательственных.² Это вызывает следующие возражения.

Во-первых, и вещное и обязательственное право *всегда* определяет *поведение* управомоченного и обязанных(ого) лица. Во-вторых, вещное право *всегда*, а обязательственное право *иногда*, определяет поведение в отношении некоторой *вещи*. То есть, действия (лица) фигурируют в любом типе правоотношения. Именно в этой связи О. ф. Гирке указывал, что объектом

¹ По-видимому, именно это последнее имел в виду Н. М. Коркунов, когда писал, что объектами прав являются «силы», заключенные в природе, других людях, обществе и самом субъекте (Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права. СПб., 1897. С. 196).

² В частности: Дж. Унгер (Гримм Д.Д. Указ. соч. С. 4 – 5).

всякого прав выступает лицо, подчинённое господству другого лица.¹ Собственно, в этом и находится точка соприкосновения общефилософского и специально-юридического подходов: (X) право *воздействует* на лицо с тем, чтобы то осуществило (Y) определённое *желаемое* поведение.² Иными словами, действие (лицо как его носитель) само по себе составляет благо. Этот тезис обнаруживает главное затруднение специально-юридического подхода: что следует считать благом?

Г. Ф. Шершеневич, не отрицая значение поведения, указанное О. ф. Гирке, убеждён: «человек не добивался бы прав, если бы всё сводилось к подчинению ему... субъекта»³. Однако, профессор, сам того не подозревая, даёт ключ к разрешению выше назначенного вопроса: «Объект права следует искать в благах... а не в установленном поведении, как *средстве (выделено нами – Г. Д.)*... следует признать правильным определение объекта права, как всего того, что служит *средством (выделено нами – Г. Д.)* осуществления... интереса»⁴. Видно, что *поведение обязанного лица служит средством доставления другого средства*. Понятно, что *поведение обязанного лица не имеет смысла, если оно не направлено на доставление другого средства*. Однако, должно быть понятно и то, что *поведение обязанного лица должно обозначаться как интерес управомоченного*, ибо достижение отдельной задачи на пути к цели не может не входить в интерес субъекта деятельности. Сообразно этому, интересы должны быть разделены на две группы в зависимости от того, возникают ли они ввиду наличия и с целью обслуживания другого интереса (задачи), либо существуют как требующие обслуживания другими интересами и вызывающими такие другие интересы (цели). Следовательно, и блага (как средства осуществления интереса) должны

¹ Гримм Д.Д. Указ. соч. С. 22.

² Из-за предикатирования объекта и как «предмета *господства*», и как «предмета *воздействия*», положения О. ф. Гирке могут классифицироваться и под общефилософский и под специально-юридический подходы. Напротив, тезис О. С. Иоффе об «объекте-действии» не должен подпадать под специально-юридический подход, поскольку предикатом у него является только «воздействие», а эвфемизм «действие» – «воля» (лицо или сознание) суть смешение, о котором упоминал Д. Д. Гримм.

³ Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 589 – 590.

⁴ Там же. С. 590.

разделятся на: прота-блага – предмет интереса-задачи; мета-блага – предмет интереса-цели.

Однако, назначая объектом права только мета-блага, всё же необходимо сохранять последовательность. Так, если по логике Г. Ф. Шершеневича, при вещном правоотношении, упроченного не интересуется поведение обязанных лиц, но только сама вещь, то, например, при обязательственном правоотношении по передачи вещи в собственность, кредитора также должна интересовать только сама вещь.¹ Ошибочно считать, что при вещном правоотношении управомоченный и вещь связаны *непосредственно*, тогда как при обязательственном – всегда *посредственно*, через должника (его действия)². Поскольку интерес-цель упроченного заключается в фактическом употреблении вещи, то: при обязательственном правоотношении, ему необходимо получить эту самую вещь; при вещном правоотношении, ему необходимо чтобы никто не помешал ему употреблять вещь. Но если и тут, и там необходимость заключается в определённом поведении, то «связь лица и вещи» всегда опосредована «должником(ами)», их поведением. В аспекте этой проблемы, не имеет значение, является ли желаемое поведение активным или пассивным и каково значение собственных действий управомоченного («осуществимое или осуществлённое право»³); неважно, требуется ли поведение от конкретного лица или же неопределённого круга лиц; «*объект как мета-благо*» – о цели, а не о характере способа её достижения (то есть, задачах)⁴. При этом, необходимо иметь ввиду, что вещь будет выступать объектом не только в обязательстве по передаче вещи в собственность.⁵

¹ Аналогичное мнение высказывает О. А. Красавчиков (Красавчиков О.А. Советское гражданское право. М., 1985. С. 178). К. П. Победоносцев прямо указывает: и в вещном, и в обязательственном праве интерес управомоченного заключается в вещи (Победоносцев К.П. Курс гражданского права. Первая часть: Вотчинные права. М., 2002. С. 82). Однако, сам придерживается позиции Г. Ф. Шершеневича (Там же. С. 83).

² Гамбаров Ю.С. Указ. соч. С. 76. Вместо «посредственный» используется «косвенный».

³ Победоносцев К.П. Указ. соч. С. 83.

⁴ Соединение цели и задачи удачно выражено формулой деления прав на: «права в вещи» и «права на вещи» (Кукольник В. Российское частное гражданское право. Ч. 1. СПб., 1813. С. 145)

⁵ Также в случае выполнения работ (так как интерес-цель кредитора заключается в использовании новой созданной вещи или вещи, приобретшей новые свойства – результат работы), перевозки (так как интерес-цель кредитора заключается в использовании вещи, которое по тем или иным обстоятельствам зависит от места её нахождения) и т.п.

Однако, нет сомнений, что в некоторых случаях непосредственная сатисфакция интереса управомоченного происходит от самого поведения должника. Например: исполнение обязанности по прочтению стихотворения, очевидно, не преследует иной цели, кроме как удовлетворения духовной потребности слушателя. В этом случае, поведение должника, само по себе, будет являться мета-благом.

Таким образом, в рамках специально-юридического подхода (У), с учётом данных нами замечаний, можно выделить три направления. В первом из них, объект суть поведение обязанного лица, как один из служебных факторов удовлетворения человеческих потребностей (условно – концепция прота-блага). Второй подход признаёт свойство объектности лишь за теми благами, что при их потреблении, непосредственно приводят к сатисфакции интереса управомоченного лица: вещи, поведение должника *в некоторых случаях*, результаты интеллектуальной деятельности и особые состояния управомоченного как-то жизнь, здоровье, деловая репутация и т.п. (условно – концепция мета-блага). Наконец третий подход выполняет функцию обобщения и систематизации положений первых двух.

1.3. Субъективное право как объект гражданских прав

Как было установлено выше, в рамках специально-юридического подхода под объектом права понимается всё то, что имеет потребительную стоимость (благо), следовательно, при наличии определённых условий,¹ способно иметь стоимость рыночную.² Как известно, последняя имеет тесную связь с понятием «имущество»: имущество измеряется рыночной стоимостью.³ Наш интерес теперь заключается только в том, что все без

¹ Нематериальные блага, являющиеся объектом права при специально-юридическом подходе, имеют потребительную стоимость, однако, не могут иметь рыночной стоимости, поскольку в их отношении не возможна оценка меновой стоимости. Напротив, некоторые блага имея как потребительную, так и меновую стоимости, не могут иметь *действительной* рыночной стоимости в силу ограничения их обороноспособности.

² Берновский К.О. Указ. соч. С. 124, Победоносцев К.П. Указ. соч. С. 183.

³ Иногда, под «имуществом» понимается *совокупность* всех благ одного держателя (Победоносцев К.П. Там же. С. 80; Эннекцерус Л. Указ соч. С. 58, 61; Дернбург Г. Пандекты. Т.1. Общая часть. М., 1906. С. 182; Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. Т. 1. М., 1914 С. 158; Васильковский Е.В. Указ. соч. СПб, 1894. С. 77; Гамбаров Ю.С. Указ. соч. С. 572; Лебедев С. Краткий курс русского гражданского права.

исключения признают субъективное право составной частью имущества (имуществом), но одни авторы неровне с вещами, другие – как единственное содержание имущества.¹ Как известно, первый подход воспроизводит 12, 13, 14 участки Институций Гая: вещи (res) телесные (corporales), то есть, физические субстанции, и бестелесные (incorporales) – права.² Однако, неправильно полагать, что оба эти подхода находятся по отношению друг к другу в антагонизме. Многие из тех, кто дублирует Источник дают специальное пояснение, что res corporales хотя и обозначается прямо в тексте как только *физическая* вещь, всё же понимать эту категорию следует как право собственности, где само это право попросту атрибутируется к вещи.³

Применительно к римской классификации «res» мы должны пояснить, что ни одна из существующих интерпретаций не является в достаточной степени обоснованной.⁴ Так, в частности, если бы ввиду «обыденного

Харьков, 1915. С. 32; Савиных К. ф. Указ соч. С. 461). Обычно, под «имуществом» понимается только дебит (актив) (Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 158; Дювернуа Н.Л. Чтения по гражданскому праву. Т. 2. Учение о вещах. Учение о юридической сделке. М., 2015. С. 7; Эннекцерус Л. Указ. соч.. С. 58; Дербург Г. Указ. соч. С. 182; Савиных К. ф. Там же. С. 461).

Однако, некоторые полагают, что оно включает кредит (пассив) (см. подробнее: Шершеневич Г.Ф. Там же. С. 159).

¹ В частности: Эннекцерус Л. Там же. С. 58; Дербург Г. Там же. С. 182; Шершеневич Г.Ф. Там же. С. 158 («совокупность юридических отношений»); Савиных К.ф. Там же. С. 461.

² Гай. Институции / Пер. с латинского Ф. Дыдынского / Под. ред. В.А. Савельева, Л.Л. Кофанова. М., 1997. П. 12 – 14. Далее – по номеру пункта.

³ Дювернуа Н.Л. Там же. С. 7. По-видимому, именно в связи с этим, немецкие пандектисты стали употреблять вместо римского «res» или «bona» термин «vermogen». В значении существительного, это тоже «имущество» что и у нас, и «bona» у римлян, но как глагол – это означение состояния способности сделать что-либо (собственно, субъективное имущественное право обозначается у них однокоренным словом «vermogensrecht») (Савиных К.ф. Там же. С. 461). В нашем же языке, «иметь» обозначает состояние присвоенности или принадлежности. Поскольку «принадлежность» формируется из категорий «моё» и «твое», следует согласиться с К. П. Победоносцевым в его представлениях о связи имущества и содержания субъективного гражданского права (Победоносцев К.П. Указ. соч. С. 80). Поскольку вполне мыслимы употребления «иметь вещи» и «иметь права», неудивительно, что большинство отечественных дореволюционных цивилистов продолжали буквально следовать римскому тексту. Тот факт, что в русском языке глагол «иметь» может присоединяться ко множеству разнообразных явлений (понятий, их обозначающих), правда, чуть реже чем «to have» в английском (с учётом стилистических особенностей русского языка), вполне объясняет тезис Г. Ф. Шершеневича о том, что кредит является составной частью имущества, ведь конечно «иметь» можно не только право, но и само правоотношение, и тогда действительно «непонятно как возможно понимать двустороннее обязательство принадлежащее к имуществу только одной его стороной» (Шершеневич Г.Ф. Там же. С. 159). Аналогичного мнения придерживается Г. Греттон (Gretton G. Ownership and Its Objects. 2007. P. 71).

⁴ Все подходы к интерпретации комментируемой «классификации» можно условно разделить на несколько групп:

а) представленное в ней есть совокупность элементов, составляющих patrimonium*, когда каждая из двух подклассов (corporales uel incorporales) суть права (Г. Пухта, Г. Дербург (Giglio F. Pandectism and the gaian classification of things // The University of Toronto Law Journal, Vol. 62, No. 1. 2012. P. 8). Б. Виндшейд, соглашаясь с тем, что «классификация» содержит элементы patrimonium (Vermögensbestandteile), не разделяет

представления» («... никто не говорит: на эту книгу я имею право собственности, а все говорят: это моя книга»)¹ *res corporales* действительно означало бы право собственности, то совершенно невозможно, что бы такое право собственности составляло то, в чём «заключается» другое право: «*quaedam praeterea res corporales sunt quaedam incorporales*».² Даже если допустить, что в этом участке «*res corporales*» используется не в смысле права собственности, но только как «физическая вещь», то тогда в *res incorporales* неминуемо должно было бы быть включено и право собственности.

Представляется, что все предпринимаемые попытки установления истинного смысла классификации *res corporales* uel *res incorporales* не учитывают прочего содержания Институций, в особенности – второй главы. Во-первых, невозможно согласиться с тем, что в момент составления Институций римскому праву не была известна категория «права собственности».³ Во-вторых, «право собственности» не отождествлялось с физической вещью.⁴ Более того, уже существовали зачатки теории объектов прав.⁵ В-третьих, римские юристы понимали, что при отчуждении физических вещей, отчуждается именно «право собственности».⁶ Наконец, хотя интенция

представление о *res corporales* как правах (Giglio F. Ibid. P. 6). Тем самым Б. Виндшейд допускает, что категория «*patrimonium*» объединяет собой явления материальной и идеальной (юридической) природы.

б) дихотомия «*res*» суть сепарация объектов, имеющих различный правовой режим, в первую очередь – модель регулирования их оборота (J. W. Tellegen (Giglio F. Ibid. P. 9)).

в) классификация проведена для выделения явлений способных выступать объектами права собственности от явлений не способных стать объектом *dominium* (*proprietas*) (Giglio F. Ibid. P. 10).

* - обычно, в категорию *patrimonium* включаются права, имеющие материальную оценку. Права, не имеющие денежной оценки, не входят в *patrimonium*, а составляют «*extra patrimonium*» (*extra patrimonial rights*) (Macdonald R. *Reconceiving the Symbols of Property: Universalities, Interests and Other Here*. 1994. P. 767).

¹ Гримм Д.Д. Лекции по догме римского права. М., 2003. С. 102. Дернбург Г. Указ. соч. С. 183.

² Хотя, действительно, следует признать: многое из того, что римляне обозначали как «*res*», после стало составлять объекты прав. Например, в римском праве *ихог* (супруга) причислялась к *ceterae res* (другим вещам) (Дювернуа Н.Л. Указ. соч. С. 3 – 4). Как следует помнить, жена являлась *объектом права* мужа.

³ Упоминание «*proprietas*» встречается в: 2.30, 2.33, 2.89, 2.90, 2.91, 2.148 (Институции. Гай (далее – не указывается)). «*Proprietas*» употребляется в значении обременения.

⁴ В 2.30 употребляется как обременение *предмета*, очевидно этим отделяясь от него.

Там же употребляется в смысле бестелесного объекта, поскольку, не признавая за *proprietas* идеальной природы невозможно было бы сказать, что *узифрукт* (определённо *res incorporales*) «возвращается в *proprietas*» в случае уступки *узифрукта* *узифруктуарию* (собственнику).

⁵ «... римляне (*мы – Г. Д.*) прямо указывают на то, что нужно отличать право от объекта его, объясняя, что только само право наследования, право *узифрукта*, само право требования всегда есть *res incorporales*, тогда как объектами этих прав могут быть *res corporales*» (Гримм Д.Д. Там же. С. 102). Из 2.14 однозначно следует, что физические вещи (*res corporalis*) были объектами прав (*res incorporales*). Такая же логика в адрес *res corporalis* по отношению к *proprietas* в 2.30.

⁶ 2.33 содержит специальное указание, что в случае установления сервитута по средствам *манципации* (нетипичного способа в сравнении с *in iure cessio*), *proprietas* всё же остаётся в руках *узифруктуария*.

actio in rem содержала бытовую формулировку («моя вещь»),¹ римские юристы составляли демонстрацию как «спор о *proprietas*», т.е. спор о *праве*.² Ответ на вопрос о причинах отсутствия «права собственности» в блоке *res incorporales* следует из цели участков 2.1. – 2.41.³ То, что представлено Гаем в *res corporals uel res incorporales* даже не есть объекты прав или распоряжений, но действительно только лишь релевантные праву явления.⁴ Иными словами эта классификация имеет служебное, техническое, но не эмпирическое или теоретическое значение; их применение суть алгоритм определения способа отчуждения права. Однако, цивилисты, не желая рассматривать *res corporals uel res incorporales* в единстве с *res mancipi uel res nec mancipi* как только лишь двуединую классификацию способов отчуждения права, продолжили поиски больших смыслов.⁵ Поскольку большинство цивилистов, разъясняя

Более ясно это следует из 2.89, 2.90, где прямо говорится о приобретении *proprietas*, очевидно, от отчуждателя.

¹ Giglio F. Ibid. P. 17 – 18, 25 – 26.

² 2.148.

³ Гай излагает способы отчуждения, пока скажем условно, «объектов», выделяя при этом процедуры: *in iure cessio* (2.22, 2.24, 2.29, 2.30, 2.31, 2.32, 2.33, 2.34, 2.35), *mancipatio* (2.22, 2.31), *traditio* (2.19, 2.20, 2.21), *novatio* (2.38). Ф. Джильо полагает, что *novatio* не следует считать способом отчуждения обязательственного права-требования (Giglio F. Ibid. P. 26). Однако, известно, что это исторически первый способ хотя бы и искусственного введения права-требования в оборот (Новицкий И.Б. Римское право. М., 2005. С. 142 – 146)). Каждая из процедур применяется к определенной группе «объектов». Так, *novatio* обращается исключительно к *obligatio* (*res incorporales* (2.14), *res nec mancipi* (2.17)) (2.38), *traditio* применима в адрес *res corporals*, при том всегда *res nec mancipi* (2.19, 2.28), *mancipatio* – к *res mancipi res corporals* (2.19) и некоторых *res incorporales* (2.16, 2.17), *in iure cessio* – ко всем *res mancipi* в качестве аналога *mancipatio* (2.22., 2.25) и *res nec mancipi, res incorporales*, которые не есть *obligatio*: *servitutes praediorum urbanorum* (*servitutes praediorum rusticorum* – только *mancipatio*) (2.29), *usufructus* (2.3), *hereditatem* (2.34). Таким образом, Гай, имея необъятное количество объектов и четыре исторически сложившихся способа их отчуждения, должен был дать своим ученикам логику определения процедуры (Giglio F. Ibid. P. 1). Классификация *res mancipi uel res nec mancipi* служила для демаркации *mancipatio* от *novatio, traditio* и *in iure cessio* (когда она не была заменой *mancipatio*). Классификация *res corporals uel res incorporales* была призвана в рамках *res nec mancipi* разграничить *traditio* (только для *res corporals*) от *in iure cessio* (когда она не была заменой *mancipatio*) и *novatio* (только для *res incorporales*). Для целей организации дидактической системы (термин употребляется Ф. Джильо (Ibid. P. 27)) механизмов отчуждения прав (а отчуждались, как мы показали, именно *proprietas* и другие (*obligatio, servitutes, usufructus, hereditatem*)) необходимо было избрать индикаторный критерий, то есть, критерий, отражающий «причину» применяя того или иного конкретного способа отчуждения. Так, каждый вид прав (кроме права собственности) не менял свой правовой режим отчуждения в зависимости от того, по отношению к какой вещи он был установлен (например: *usufructus* во всяком случае отчуждался в порядке *in iure cessio* будь он обращён к рабу (*res mancipi*) (2.14b, 2.15) или верблюду (*res nec mancipi*) (2.30)). Напротив, порядок отчуждения *proprietas* менялся в зависимости от того, были ли это например: *mancipi* лошади (2.14b) или *nec mancipi* лвы (2.16). Для того, чтобы наиболее доступно отобразить корреляцию типа физической вещи и порядка отчуждения права собственности, необходимо и достаточно было дать указания уже непосредственно на *res corporals*.

⁴ В. Флюм (Giglio F. Ibid. P. 15).

⁵ М. Кайзер (Ibid. P. 5). О первоначальном и последующих смыслах *res* в истории Древнего Рима см. к прим.: Марецоль Т. Учебник римского гражданского права. М., 1867. С. 159; Дювернуа Н.Л. Указ. соч. С. 2; Победоносцев К.П. Указ. соч. С. 87.

«истинное» значение *res corporales* (атрибутированное до физической вещи право собственности), тем самым соглашаются с немецкими пандектистами, отказавшими в употреблении римской терминологии, то и русское «имущество» при употреблении в юридическом смысле¹ нужно редуцировать только до субъективных имущественных прав.

Наконец, мы приходим к центральному вопросу: можно ли только из того, что (а) имущество предполагает стоимость, а (б) субъективные права составляют содержание имущества, заключить, что (1) права имеют стоимость, то есть они суть блага, значит, (2) подпадают под объект права в рамках специально-юридического подхода?

Одним из первых положительное суждение по этому вопросу вынес П. Г. Виноградов. Профессор заметил, что существуют особые «абстрактные интересы», которые заключаются в «... *притязании (курсив мой – Г. Д.) на употребление человеческой силы и пользование человеческой деятельностью*»² (прота-благами). Далее, П. Г. Виноградов сделал закономерный вывод: «абстрактные интересы классифицируются как бестелесные вещи». Дадим некоторые пояснения. И так, в юридическом смысле, «притязание» есть сущность субъективного права.³ Действительно, именно субъективное право называется *res incorporeales*. Отсюда, должно быть понятно, что под «абстрактным интересом» профессор понимает не субъективный интерес (потребность) самого индивида, но само средство его удовлетворения (именно поэтому, такой интерес обозначается «абстрактным»). Но, отсюда следует вывод о том, что индивид имеет субъективный интерес (потребность) и в самом субъективном праве. Как мы указывали выше, в рамках специально-юридического подхода в основном распространено представление о том, что одной из предпосылок

¹ Акцент на употреблении «имущества» в юридическом смысле делает Г. Ф. Шершеневич. Это представляется особенно полезным, поскольку «имущество» с экономической точки зрения иногда понимается как суть запас благ (именно *мета* типа), которыми обладает некоторое лицо (Шершеневич Г. Ф. Указ. соч. С. 158).

² Виноградов П.Г. Очерки по теории права. М., 1915. С. 52.

³ Для описания субъективного права термин «притязание» используют в частности: О. С. Иоффе (Иоффе О.С. Указ. соч. С. 63), Е. Бирлинг (Гримм Д.Д. К учению об объектах прав. С. 25), сам Д. Д. Гримм (Там же. С. 41), Р. С. Бевзенко (Бевзенко Р.С. Указ. соч. С. 14), В. И. Сенчищев (Сенчищев В.И. Указ. соч. С. 139 – 140).

возникновения правоотношений является либо прота-благо, либо мета-благо. Однако, должно быть понятно, что поведение обязанного лица или, например, какая ни будь вещь, не интересуют нас сами по себе. В действительности, когда мы устанавливаем гражданское правоотношение, каждого из нас интересует «*гарантированное*» получение блага (сначала прота, а с этим, – мета типов). Собственно, в этом и заключается суть *правового* господства.¹

Обратимся теперь к тезису Я. М. Магазинера: «Предпосылка отношения господства – это присвоение чужой воли».² При внимательном рассмотрении получается следующее: (а) «отношение господства» – это правоотношение (*субъективное право* и имманентная ему обязанность)³; (б) «присвоение чужой воли» – это процесс воздействия представлений о должностовании на волю лица, для организации его, соответствующего предписанию права, поведения; значит, предпосылка возникновения права – это его функциональная деятельность (свойство) или само это *функционирующее* субъективное право (носитель свойства). При этом, бесспорно, что права не возникают сами по себе, без заинтересованности в мета-благе (как собственно и прота-благе).⁴ Но, важно, что с точки зрения полит-экономии, верным будет и прямо противоположный вывод. Так, для того, чтобы некоторое явление приобрело статус блага (*guterqualitat*) необходимо совпасть нескольким условиям⁵ одним из которых выступает: *возможность распорядиться (в самом широком смысле) явлением так, чтобы действительно употреблять его для удовлетворения соответствующей потребности.*⁶ То есть, например, если вы не можете использовать вещь (мета-благо) потому, что каждый в любое время может её отобрать (отсутствие прота-блага), то при таких

¹ Поэтому, в целом, удачной представляется определение субъективного права как «представителя (а точнее – «защитника» – *мы, Г. Д.*) ожидаемых ценностей» (Голевинский В. О происхождении и делении обязательств. Варшава, 1872. С. 7).

² Магазинер Я.М. Указ. соч. С. 335.

³ Тут правоотношение не как фактическое отношение, но правовая, то есть, идеальная связь.

⁴ На это указывали в частности: Г. Ф. Шершеневич (Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 588) и К. П. Победоносцев (Победоносцев К.П. Указ. соч. С. 183 – 184).

⁵ А именно: а) наличие потребности; б) полезное свойство; в) познание человеком причинно-следственной связи между удовлетворением потребности и полезным свойством (Менгер К. Основания политической экономии. Общая часть. М., 1992. С. 3).

⁶ Там же.

обстоятельствах эта вещь не может выступать благом (по крайней мере в хозяйственно-необходимой временной перспективе). Итак, поскольку мета-блага обслуживаются прота-благами, то право, регулируя поведение индивидов, в свою очередь, обслуживает прота-блага, оттого, само становится особого рода транс-благом.

К аналогичному выводу приходит и В. Н. Протасов: блага (имеется ввиду мета- и прота- типов) обязаны своим появлением и существованием правоотношению;¹ благом может быть названо правоотношение.² С «точки зрения народнохозяйственной... от таких благ (*субъективных прав* – мы – Г.Д.) население не становится нисколько богаче».³ Однако, неверно полагать, что право получает определённую ценность лишь в силу наличия ценности, например, за вещь,⁴ и только лишь потому, что вещь способна *не фиктивно*, а реально удовлетворять наши потребности.⁵ Как было показано выше, ни вещь, ни действия, ни право по отдельности не способны иметь потребительной стоимости (следовательно, и стоимости рыночной). Поэтому, если мы соглашаемся с тезисом о том, что в юриспруденции благо следует понимать в экономическом смысле,⁶ то есть только одна *абстрактная* форма блага – совокупность того, чему мы дали обозначения как мета-, прота- и транс-блага.⁷

¹ Протасов В.Н. Указ. соч. С. 103.

² Там же. С. 103.

³ Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. С. 598. К. О. Берновский: «в правовой системе империалистического общества... значение объекта получают сами субъективные права как носители... *фиктивной* (*курсив мой* – Г. Д.) стоимости...» (Берновский К.О. Указ. соч. С. 124).

⁴ Победоносцев К.П. Указ. соч. С.183 – 184.

⁵ Шершеневич Г.Ф. Там же. С. 599.

⁶ Там же. С. 590.

⁷ Мы должны поддержать Г. Ф. Шершеневича в той части мысли, что экономисты, выделяющие «отношения, куда входят и субъективные права» в качестве благ *наряду* с вещами и услугами, допускают ошибку (Там же. С. 598). Однако, признавая, что субъективное право, хотя и не само по себе, но в соединении с прота- и мета-благами, является фактором удовлетворения потребности (то есть, транс-благом), а значит одним из элементов мотива создания правоотношения (в качестве *гарантии* получение (прота-блага) некоторого мета-блага), мы сталкиваемся с проблемой «права на право». Если возможно существование права А, объектом которого будет выступать право Б, то право А, в свою очередь, может (должно) быть объектом некоторого права Х и так *in infinitum*. Разрешение этого *circulus vitiosus* покоится на следующем рассуждении. Понятно, что, когда речь идёт об абсолютном праве, которое само представляет из себя транс-благо, обеспечивая поступление прота- и мета-благ, никакое иное субъективное право просто не требуется. Аналогичное можно сказать в отношении обязательства где прота-благо совпадает с мета-благом. Однако, когда речь идёт об обязательственном праве иного типа, получается, что само это право, как транс-благо, создаётся для обеспечения такого поведения (прота-блага), которое приводит к доставке, например, вещи *в собственность*.

Отсюда следует (с учётом наших замечаний), что в рамках специально-юридического подхода существуют два различных способа определения объекта-блага. Первый, условно назовём его – (1) чисто хозяйственный, определяет благо как только физические и идеальные явления (вещи, результаты интеллектуальной деятельности и лица) – факторы удовлетворения человеческих потребностей. Второй, условно назовём его – (2) политэкономический, определяет благо как особое состояние управомоченности (господства). Представляется, что последний подход, наиболее точно соответствует критерию «то, по поводу чего возникает правоотношение». Однако, обе эти позиции не находятся в противоречии, но дополняют друг друга. В положения политэкономического подхода успешно вписывается и присвоение блага, когда речь идёт об обязательствах по приобретению субъективного права, а на самом деле, такого блага как состояния управомоченности (феномен «права на право»¹).

Следует упоминать ещё одну, заключительную в рамках этого обзора, интерпретацию системы объектов гражданских прав – функциональную концепцию. М. М. Агарков предположил, что объектом гражданских прав следует называть всё то, что подлежит распоряжению². Позже, мысль профессора балы развита в том направлении, что собственно и сама система объектов гражданских прав выделяется в догме только с тем, чтобы нормативировать «содержательные границы правоотношений».³

Последнее, будучи мета-благом в рамках этой секции, само по себе не состоит только из вещи как носителя (и её полезных свойств), но заключается в *особом состоянии*: соединении отдельного транс-блага – права собственности, прота-блага как негативного поведения третьих лиц и только наконец – вещи (мета-блага). Собственно, этим и объясняется причина беспокойства покупателя о титуле продавца вещи: ведь приобретается не вещь сама по себе, а правовая возможность её эксплуатации. Аналогичное касается и обязательственного соглашения об уступке права, где само право из соглашения в качестве транс-блага обеспечивает совершение распорядительной сделки (прота-блага), в результате которой в имущественную сферу приобретателя подпадает обязательственное требование – мета-благо. Последнее, вновь, представляет из себя транс-благо, обеспечивающее, например, действия, направленные на оказание услуг (прота- и мета-благо). Едва ли кто-то будет готов заплатить за возможность получения услуг, не обеспеченную санкцией правопорядка.

¹ Подробнее см. сноску № 7 на ст. 25.

² Агарков М.М. Указ. соч. С. 30.

³ Белов В.А. Указ. соч. С. 57. По-видимому, основой такого суждения стало замечание Я. М. Магазинера о том, что «если закон говорит о последствиях, связанных со свойствами вещей, то это только юридический образ, который скрывает в себе те действия людей, которые для них обязательны в силу целевого назначения

Представляется, что именно развитие этого подход даёт наилучшее объяснение системе, изложенной в ст. 128 ГК РФ. Действительно, если под объектом прав приходится понимать всё то, что названо в таком качестве в законе,¹ то система объектов скорее призвана установить правовой режим объектов.²

Сообразно последнему тезису, право на получение патента выступает объектом гражданских прав (объектом правового режима) в качестве имущественного права. Аналогичное касается и исключительного права. Однако, с этим подходом не согласуется включение в перечень объектов гражданских прав самих результатов интеллектуальной деятельности (интеллектуальной собственности). Последние не способны к распоряжению не в силу законодательного ограничения (что могло бы толковаться в смысле определения именно «правового режима»). Напротив, идеальные объекты не могут подлежат распоряжению по своим естественным свойствам – в их отношении невозможно приобретение, следовательно, и осуществления господства. Введение или не введение специального правового режима для них иррелевантно.

В рамках же господствующего теоретического подхода к системе объектов гражданских прав, право на получение патента надлежит квалифицировать в качестве транс-блага, обеспечивающего действия регистрирующего органа (прота-блага), направленные на приобретение исключительного права (мета-блага первого круга³). При этом, последнее, само представляет из себя транс-блага (второго круга): исключительное право, средствами воспрещения всем третьим лицам использовать объект (прота-блага), обеспечивает получение мета-блага (первого круга) – употребление результата интеллектуальной деятельности в порядке, предусмотренном ст.

вещей» (Магазинер Я.М. Советское хозяйственное право. Л., 1928. С. 143 – 145.). О. С. Иоффе, цитируя этот участок, соглашается с Я. М. Магазином (Иоффе О.С. Указ. соч. С. 63).

¹ Сенчищев В.И. Указ. соч. С. 110 – 111, 144 – 146, 153 – 154.

² Там же. С. 157.

³ Подробнее см. сноску № 7 на ст. 25.

1358 ГК РФ. При этом, сам результат интеллектуальной деятельности, как благо, выступает в качестве носителя. Свойство результата интеллектуальной деятельности заключается в возможности его воплощения.

Вместе с тем, при отчуждении по договору, право на получение патента должно рассматриваться в качестве мета-блага (первого круга). Распорядительные действия правообладателя будут представлять собой прота-благо, обеспеченное транс-благом – обязанностью передать право на получение патента.

В политэкономическом аспекте, право на получение патента, а равно и исключительное право, не являются благами как таковыми. Тоже касается и поведения обязанных лиц, будь то активные действия определённого лица (выдача патента государственным органом), или пассивное поведение неопределённого круга лиц (неиспользование результата интеллектуальной деятельности без согласия правообладателя). Аналогичное и для самого результата интеллектуальной деятельности.

С хозяйственной точки зрения, благом может выступать некоторое состояние, при котором управомоченное лицо вправе рассчитывать на такое поведение третьих лиц, при котором возможно беспрепятственное употребление пользы, полезных свойств некоторого носителя, *непосредственно* приводящее к удовлетворению его потребностей. Указанный подход не может использоваться в юридической науке, поскольку любое гражданское право будет элементом самого объекта-блага.

§ 2. ПРАВО НА ПОЛУЧЕНИЕ ПАТЕНТА КАК РЕТРОТРАКЦИЯ ИСКЛЮЧИТЕЛЬНОГО ПРАВА

2.1. Проблема защиты интересов обладателя права на получение патента до признания и охраны исключительного права

Монополия на использование результата интеллектуальной деятельности в сфере науки-техники и дизайна апробируется исключительным правом, которое признаётся и охраняется со дня подачи заявки на выдачу патента при условии государственной регистрации соответствующего результата интеллектуальной деятельности и выдачи патента (ст. 1353 ГК РФ). До соблюдения указанных требований результат интеллектуальной деятельности в сфере науки-техники и дизайна не подлежит защите, а значит потенциально уязвим к несанкционированному копированию, а затем, распространению и (или) использованию. Сообразно этому, последствия могут быть разделены на два вида.

Во-первых, безвозмездное использование результата интеллектуальной деятельности приведёт к обогащению¹ за счёт правообладателя: последний не сможет получить доход от пользователя, на который мог бы рассчитывать будь у него ко времени начала несанкционированного использования исключительное право. Причём, минимальный период такого обогащения может длиться в плоть до подачи заявки на выдачу патента. Как было отмечено выше, исключительное право действует с момента подачи заявки, а значит лишь период, следующий за днём обращением в регистрирующий орган, может быть признан периодом противоправного использования результата интеллектуальной деятельности. Однако, такая, неподлежащая возмещению, «упущенная выгода» представляется не самым тяжким последствием.

Во-вторых, в некоторых случаях, только использование результата интеллектуальной деятельности, а, в большинстве случаев, распространение его содержания могут привести к непатентоспособности технического

¹ Строго говоря, такое обогащение пока ещё нельзя назвать неосновательным. В отсутствии исключительного права результат может использоваться для извлечения выгоды свободно любым лицом.

решения или решения внешнего вида. Так, общим требованием ко всем трём разновидностям объектов промышленной собственности является «новизна» («оригинальность») (ст. 1350 – 1352 ГК РФ). Если в результате проведения сущностной экспертизы будет установлено, что объект известен из сведений, ставших общедоступными в мире, *вне зависимости от того, были ли они опубликованы с согласия или без согласия правообладателя*, получение патента будет невозможным (ст. 1387 ГК РФ). В этом случае вновь дело заключается в обогащении за счёт (бывшего) правообладателя, но только уже не отдельных лиц, а мирового сообщества в целом.

Полагаем, что необходимости в обосновании негативного экономического эффекта отсутствия защиты интересов правообладателей в таких случаях нет.¹ Поэтому, сразу перейдём к вопросу об основании «предварительной» защиты.

В отечественной литературе достаточно распространено представление о возможности предварительной защиты результата интеллектуальной деятельности в сфере науки-техники и дизайна через институт ноу-хау.² Однако, эти соображения, при всей своей утилитарности, представляются небесспорными с теоретической точки зрения. Действительно, секрет производства охраняется вне зависимости от его регистрации и последующего получения каких-либо удостоверений. Для возникновения исключительного права необходима реализация следующего сложного юридического состава: первый юридический факт – неизвестность сведений третьим лицам к моменту наступления второго юридического факта; второй юридический факт – принятие мер, направленных на сохранение конфиденциальности сведений в будущем.³

¹На тему эффективности в сфере интеллектуального права большинство работ касается авторского права и права на товарные знаки. Результаты этих экономических исследований, в целом, пригодны и для сферы промышленной собственности. См. к прим.: Landes W. and Posner R. An Economic Analysis of Copyright Law // Journal of Legal Studies № 18. 1989. P. 320 and so on; Landes W. and Posner R. Trademark Law: An Economic Perspective // Journal of Law and Economics № 30. 1987. P. 265.

² См. к прим.: Право интеллектуальной собственности. Т. 1 Общие положения: Учебник / Под общ. ред. Л.А. Новоселовой. М., 2017 С. 252.

³ На сегодняшний день, возможность установления конфиденциальности сведений о секрете производства иными мерами помимо установления коммерческой тайны признана разъяснением ВС РФ (п. 143, 144

В соотв. с п. 1, ст. 1465 ГК РФ под секретом производства понимаются сведения любого характера о результате интеллектуальной деятельности в научно-технической сфере или о способах осуществления профессиональной деятельности, имеющие действительную или *потенциальную* коммерческую ценность *вследствие неизвестности их третьим лицам*. Критерием охраноспособных сведений выступает их коммерческая ценность, *обусловленная* неизвестностью. Оставляя за скобками априорную неприменимость этой конструкции к предварительной защите объектов в сфере дизайна, авторы, по-видимому, делают следующее умозаключение. Поскольку, (а) существование института промышленной собственности *prima facie* указывает на коммерческую ценность изобретений и полезных моделей, (б) а до получения патента, такая ценность может быть только потенциальной, то, следовательно, (1) такая потенциальная ценность будет сохраняться только при условии неизвестности технического решения всем третьим лицам, значит (2), такие сведения вполне подпадают под категорию «секрет производства».

Ошибочность этого умозаключения состоит в том, что коммерческая ценность изобретения и полезной модели отождествляются с коммерческой ценностью, предписанной для объекта ноу-хау. Верно, что изобретение или полезная модель имеют *действительную* коммерческую ценность при условии существования монополии (п. 4, ст. 1350 и п. 4, ст. 1351 ГК РФ). Верно и то, что *в отсутствии исключительного права* такой вид результат интеллектуальной деятельности представляет собой только *потенциальную* коммерческую ценность. При этом, «реализация потенциала» такой коммерческой ценности *только и может происходить при условии получения патента*. Напротив, *действительная* коммерческая ценность ноу-хау обусловлена не монополией, не юридическим обстоятельством, но обстоятельством *фактическим* – неизвестностью для третьих лиц. Иными

Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23.04.2019 № 10 «О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации»).

словами, если в результате основного использования объекта промышленной собственности, то есть воплощения технического решения, лицо, приобретшее полученный продукт, сможет установить содержание технического решения, то его действительная коммерческая ценность будет утрачена если только не существует монополии, воспрепятствующей импринтинг такого продукта. Сообразно этому, и *потенциальная* коммерческая ценность ноу-хау состоит в возможности её реализации в действительную коммерческую ценность, *обусловленную конфиденциальностью*. Предоставление защиты только ещё при *потенциальной* коммерческой ценности под условием неизвестности технического решения третьим лицам есть *необходимость* для реализации действительной коммерческой ценности ноу-хау. Причём, состояние *потенциальности* коммерческой ценности ноу-хау связана не с отсутствием монополии, а с ненаступления иных фактических обстоятельств, только при наличии которых возникает возможность непосредственного извлечения прибыли или преимущества (например – открытие производства). Но даже если предположить, что предоставление защиты сведениям имеющим *потенциальную* коммерческую ценность направлено на реализацию действительной коммерческой ценности *по средствам монополии*, то, в случае с изобретением или полезной моделью, утрата конфиденциальности не имеет прямой корреляции с утратой ими потенциальной коммерческой ценности. Сам по себе факт известности технического решения третьему лицу не приводит к отказу в получении патента; возможность реализации потенциальной коммерческой ценности не утраивается до тех пор, пока степень распространённости таких сведений не признаётся в качестве «известности из уровня техники» (п. 2, ст. 1350 ГК РФ). Иными словами, требование к ноу-хау об *абсолютной* конфиденциальности *как единственного условия сохранения коммерческой ценности* не соблюдается применительно к изобретению и полезной модели.

Наконец, интерполяция ноу-хау не может привести и к желаемым практическим результатам. Так, исключительное право на ноу-хау

предоставляет лишь возможность применения оперативных мер воздействия в случае покушения на охраняемые сведения. После получения засекреченной информации, исключительное право прекращается, оставляя после себя только требование о возмещении убытков (ст. 1467, п. 1, ст. 1472 ГК РФ). Воспрепятствовать последующему распространению информации (является наиболее ценным средством защиты для сохранения патентоспособности изобретения или полезной модели) будет невозможно. С учётом проблематики достижения полноты и достоверности при оценке убытков, в некоторых случаях, такая защитная конструкция может попросту превратиться в «плату за доступ».¹

Наконец, исключительное право на ноу-хау даже не возникнет (или возникнув прекратится) в том случае, если в тоже время добросовестно и независимо будет создано аналогичное техническое решение, когда его разработчик не примет никаких специальных мер по сохранению информации в тайне (ст. 1466, 1467 ГК РФ).

Ещё одним неудачным вариантом предварительной защиты является применение норм авторского права. Эта позиция основана на следующих тезисах. Во-первых, охраноспособность того или иного объекта возможно при условии его выражения в объективной форме. Во-вторых, объективация любого результата интеллектуальной деятельности, во всяком случае, происходит по средствам некоторого языка (системы знаков (символов) любого вида). В-третьих, каждое языковое выражение, при условии его соответствия требованиям закона, подлежит защите в качестве объекта авторского права.

Все эти тезисы абсолютно верны; но вопрос состоит в объёме предоставляемой охраны произведениям, содержащим технические решения или решения внешнего вида.

¹ О значении стимуляционной функции возмещения убытков в сравнении с иными способами защиты прав См. к прим.: Calabresi G. The Decision for Accidents // Harvard Law Review. Vol. 78. 1975. P. 715.

Объём охраны произведения зависит от критерия охраноспособности. При этом, на всём протяжении развития авторского права, критерий охраноспособности оставался неизменным. В сущности, во всякое время, авторское право было призвано защитить интересы автора (правообладателя) от нежелательного копирования его произведения (части произведения). Поскольку доподлинное установление *факта* копирования и на сегодняшний день связано со значительными затруднениями, было выработана особая презумпция: если некоторое произведение (часть произведения) повторяет собой произведение (часть произведения) другого лица, и это повторение, очевидно, не могло быть достигнуто добросовестно и независимо, то такое «повторяющее произведение» признавалось плагиатом. Отсюда, с необходимостью, следовал и критерий охраноспособности – новизна как невозможность независимого воспроизведения, темпорально абсолютная уникальность.¹ Из вышеизложенного должно быть понятно, что механизм действия авторского права принципиально другой в сравнении с правом промышленной собственности. Если авторское право изначально стремиться к нахождению абсолютно неповторимых элементов, то патентное право, напротив, защищает пусть и объективно новые, созданные творческим трудом, так или иначе отражающие индивидуальность автора, но всегда потенциально *повторимые* идеи.² *Contradictio in contrarium*, система патентования не сохранилась бы в плоть до настоящего времени.

Однако, следует признать, что в некоторых случаях, решения внешнего вида всё же могут отвечать требованию авторского права об абсолютной неповторимости.³ На этом возможности обеспечения предварительной защиты средствами авторского права заканчиваются.

¹ Щербак Н.В. Указ. соч. С. 74.

² О предопределённости формы и содержания произведений науки см. к прим.: Кашанин А.В. Развитие учения о форме и содержании произведения в доктрине авторского права. Проблема охраноспособности содержания научных произведений // Вестник гражданского права. № 2. 2010. С. 97, 126 – 127, 132.

³ Собственно, аналогичное касается и некоторых, в первую очередь графических, товарных знаков.

Таким образом, существует объективная потребность в новом механизме, обеспечивающем защиту интересов правообладателя до признания и охраны исключительного права.

2.2. Теория абсолютной защиты относительных прав

Доктринальные обоснования абсолютной защиты относительного права можно условно разделить на три группы: 1) через принадлежность относительного права на праве собственности (или ином абсолютном праве); 2) через дихотомию относительного права, заключающуюся в его внутреннем и внешнем действии; 3) общий запрет причинения (покушения на причинение) вреда.

1. Причины, вызвавшие такой путь обоснования, связаны с двумя моментами. Во-первых, практически непоколебимым считалось утверждение о том, что относительное право не может само из себя породить связь кредитора с кем-либо, кто не является должником.¹ Во-вторых, сама по себе, абсолютность защиты практически всегда была признаком и свойством только вещного права (и конечно, в первую очередь – права собственности).² Немедленно было обнаружено, что, хотя, прикрепление относительного права через право собственности удовлетворяет потребность в абсолютной защите, оно же приводит и к возникновению новых проблем, каждая из которых была связана с непригодностью регуляторного содержания вещного права в применении к идеальным объектам.³ Поскольку институт защиты владения

¹ В частности: Г. Хюфеланда (Hufeland G. Institutionen des gesammten positiven Recht. Jena, 1803 (Прив. по: Сеницын С.А. Абсолютная защита относительных прав: причины, последствия и соотношение с принятой классификацией субъективных прав // Вестник гражданского права. № 1. 2015. С. 21 – 23)), Б. Виндшейда (Windscheid B. Die actio roemischen Zivilrechtvon Standpunkte des heutigen Recht. Berlin, 1856. S. 149. (Там же)), Е. Бухера (Bucher E. Das subjective Recht als Normsetzungsbefugnis. Tuebingen, 1966. S. 133 (Там же)), Ф. Эндеман (Endemann F. Lehrbuch des Buergelichen Recht. Berlin, 1905. Bd. II. Sachenrecht. S. 578 (Там же) Е. В. Васильковского (Васильковский Е.В. Указ. Соч. С. 258 – 260, 262), К. П. Победоносцев (Победоносцев К.П. Указ. соч. С. 187), М. М. Агарков (Агарков М.М. Обязательства по советскому гражданскому праву. С. 54.).

² По-видимому, первыми, кто последовательно проводил разграничения, были: Дж. Коллер (Kohler J. Lehrbuch des Patentrechts. Leipzig, 1908. S. 157 (Там же)); Г. Рюмелин (Ruemelin G. Obligation und Haftung // AcP. 1885. Bd. 68. S. 151 (Там же)). В отечественном праве см. к прим.: Брагинский М.И. К вопросу о соотношении вещных и обязательственных правоотношений. М., 1998. С. 113 и далее; Зенин И.А. Взаимосвязь абсолютных и относительных прав в сфере научно-технического прогресса. Тарту, 1990. С. 61.

³ Аналогичная проблема возникла при применении вещных прав к результатам интеллектуальной деятельности (Дозорцев В.А. Интеллектуальные права: Понятие; Система; Задачи кодификации.

логически тесно связан с правом собственности,¹ первым был поставлен вопрос о возможности владения правом.² Понятно, что положительный или отрицательный ответы зависят от того насколько тот или иной автор готов рассматривать классическое определение права владения (наиболее абстрактно – господство³) в отрыве от его первоначальной функции – обеспечения возможности эксплуатации физической вещи.⁴ Очевидно, что для осуществления относительного права (его «эксплуатации») никакого *corpus possessionis* не требуется.

Следующий по важности вопрос уже непосредственно обращён к пользованию правом. В этом случае мы уже имеем дело с отождествлением пользования и осуществления права.⁵ Далее, во внимание попадает распоряжение. Часть цивилистов убеждены, что правомочие распоряжения не входит в содержание подлежащего распоряжению права; из этого, они выводят существование особого отношения к праву.⁶ По-видимому, большая часть учёных всё же усматривает одним из элементов содержания относительного права правомочие на определение его дальнейшей судьбы.⁷ Центральное критическое положение состоит в том, что «сверхправо», выделяемое для обоснования возможности распоряжения относительным

М., 2003. С. 11 – 12).

¹ Посессорная защита объяснялась Р. ф. Иерингом презумпцией – «тот, кто владеет, есть собственник» (Иеринг Р. Об основании защиты владения. М., 1883. С. 159). В отечественной литературе, аналогичный подход имел Б. Б. Черепахин (Черепахин Б. Б. Приобретение права собственности по давности владения // Труды по гражданскому праву. М., 2001. С. 165). По замечанию И. Б. Новицкого, К. ф. Савиньи отстаивал взгляд согласно которому посессорная защита была призвана к борьбе с самоуправством (Новицкий И.Б. Указ. соч. С. 83). В отечественной литературе, подход получил распространение благодаря И. А. Покровскому.

² К. Ларенц был первым, кто сформулировал комментируемую проблему в работе «Lehrbuch des Schuldrechts» (1987).

³ Генкин Д.М. Право собственности в СССР. М., 1961. С. 82; Гражданское право: Учебник. Т. 1. 6-е изд. / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. М., 2003. С. 407; Дернбург Г. Пандекты. Т. II. Вещное право. М., 1906. С. 3 – 4 (вместо «господства» используется «фактическое воздействие»).

⁴ Хвостов В.М. Система римского права. М., 1996. С. 270 – 271.

⁵ Байбак В.В. Обязательственное требование как объект гражданского оборота. Дисс. на соиск. уч. степ. к-та юрид. наук. СПб, 2004. С. 61.

⁶ В частности: Л. Эннекцерус (Эннекцерус Л. Курс германского гражданского права. М., 1949. Т. I. П.Т. 2. С. 99 – 100) (Сам Л. Эннекцерус квалифицирует это «отношение» как вторичное право); Ю. С. Гамбаров (Гамбаров Ю.С. Указ. соч. С. 392).

⁷ Алексеев С.С. Односторонние сделки в механизме гражданско-правового регулирования // Сборник ученых трудов. Вып. 13. Свердловск. 1970. С. 55 – 56; Туктаров Ю.Е. Имущественные права как объекты гражданского оборота. М., 2003. С. 134 – 136.

правом, также как и само это относительное право переходят в порядке сингулярного правопреемства.¹ Остаётся непонятным мотив декларации существования права для распоряжения когда получается, что само это право всё же подлежит распоряжению «само из себя» (как подлежало бы и относительное право без надстройки «сверхправа»).

Наконец, возникают и иные вопросы, вызванные факультативными признаками права собственности. В частности, одним из аргументов «против» выступает тезис о том, что право собственности по природе своей предполагает бессрочность, тогда как обязательство «нечто, имеющее свершиться»², срочное.³ Думается это возражение можно отклонить тем, что право собственности может существовать в отношении и тленных вещей⁴ или вещей потребляемых.

Для догматического обоснования этого подхода используется формулировка п. 1, ст. 209 ГК РФ, устанавливающая, что собственнические правомочия осуществляются в отношении *имущества* (к которому в силу ст. 128 ГК РФ относится и имущественное право).⁵ Также, нередко встречаются апелляции к положениям ст. 132 ГК РФ о предприятии, включающем в том числе права, и принадлежащем в качестве недвижимой вещи на праве собственности.⁶

Закономерным развитием этого подхода стало выдвижение гипотезы о существовании особого не вещно-правового, но также абсолютного права.

¹ Байбак В.В. Указ. соч. С. 79.

² Победоносцев К.П. Указ. соч. С. 190.

³ Байбак В.В. Там же. С. 61, 64 – 65.

⁴ Современные курсы гражданского права (в отличие от дореволюционных циклов) обычно не содержат упоминаний о классификации тленных и нетленных вещей. Исследования К. Н. Анненкова показывает актуальность её выделения и необходимость отграничения от классификации вещей на потребляемые и не потребляемые (Анненков К. Н. Система русского гражданского права. Т. 1. СПб., 1899. С. 301 – 305).

⁵ Ефимова Л.Г. Банковское право. М., 1994. С. 180 и далее.

⁶ Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая: Общие положения. М., 2002. С. 283 и далее. Иногда, право собственности на требование, обосновывалось через некогда существовавшую конструкцию виндикации бездокументарных ценных бумаг. Подробнее см. к прим.: Мурзин Д. В. Ценные бумаги – бестелесные вещи. Правовые проблемы современной теории ценных бумаг. М., 1998. По замечанию В. В. Байбака, исторически, введение в оборот обязательственных требований происходило именно через выпуск документарных ценных бумаг. В этой связи возник феномен дихотомии прав «на бумагу» и «из бумаги» (Байбак В.В. Там же. С. 55, 77). Первые суть вещные права, вторые – обязательственные (Нерсесов Н.О. О бумагах на предъявителя с точки зрения гражданского права. М., 1889. С. 281).

Необходимость абсолютной защиты относительного права через конструкцию «принадлежности»¹ качественного иного содержания (в сравнении с правом собственности) позволила устранить многие выше обозначенные проблемы.² При этом, теоретическим основанием нового взгляда служило переосмысление классификации субъективных прав на абсолютные и относительные. Обе эти разновидности перестали отождествляться соответственно с вещными и обязательственными субъективными правами.

По-видимому, главным недостатком нового подхода является догматическая неподкреплённость выводов. Особое не вещно-правовое абсолютное право существует как-бы *de facto*, не закрепляется в нормативном тексте.³ Правда, применительно к отечественному закону, это препятствие преодолевается путём отсылки к ст. 8 ГК РФ.⁴

2. Формирование концепции двойного (внешнего и внутреннего) действия относительного права также требовало пересмотра сущности деления субъективных прав на абсолютные и относительные. Не отменяя общепризнанный и, по-видимому, основной критерий делимитации – круг подчинённых лиц (неопределённый при абсолютном и определённый при относительном праве), исследования были обращены к некоторой его редукции. Постулировалось, что в общем, правоотношения любого типа, есть отношение общественное, то есть не только то, что оно не может быть между лицом и вещью,⁵ но и то, что оно не может быть сконцентрировано только между двумя отдельными персонами.⁶ Вместе с тем, невозможно было

¹ Крашенинников Е.А. К вопросу о «собственности на требование» // Очерки по торговому праву: сборник научных статей. Яр., 2005. Вып. 12. С. 35.

² О преимуществах абсолютного права не вещного типа см.: Байбак В.В. Указ соч. С. 54 – 92.

³ Байбак. В.В. Там же. С. 82.

⁴ Применительно к двум этим разновидностям одного подхода можно отметить ещё одно теоретическое объяснение, связанное с неклассической (относительно пандектистов) интерпретацией ранее упомянутой классификации *res cogroales et incogroales*. Привлékшая наибольшее внимание теоретиков отсутствие в системе *res* категории «право собственности» было истолковано некоторыми авторами с тем, что сама эта классификация проводилась с целью сепаратного (по некоторому критерию, не имеющими тут значения) перечисления объектов самого права собственности (П. Брикс (Birks P. The Roman Law Concept of Dominium and the Idea of Absolute Ownership. 1985. P. 25 – 27), В. Блекстоун, С. Джиноссар (Giglio F. Ibid. P. 14, 22)). При таком понимании получалось, что и само *obligatio*, как *res incogroales*, могло иметь абсолютную проприетарную защиту.

⁵ Райхер В.К. Указ. соч. С. 2.

⁶ Там же. С. 5.

отрицать тот факт, что в рамках относительного правоотношения связь кредитора и должника (в традиционном понимании) явно контрастирует со связью кредитора и всех прочих лиц. Поэтому, был достигнут компромисс: непосредственная связь, связь кредитора и должника, была признана внутренней («nach innen»), а связь посредственная, с третьими лицами, – внешней («nach aussen»).¹ При этом, хотя, любое субъективное право может защищаться абсолютно, делимитация прав на абсолютные и относительные не теряет своё значение.² Иными словами, критерий был сужен от всего объёма квалифицируемого права, до его функциональной сути (какой тип связи превалирует в каждом конкретном виде права).

Догматическое основание этого подхода состоит в обращении к нормам о генеральном деликте, где ответственность предусматривается за причинение вреда имуществу, не только физическим вещам (п. 1, ст. 1064 ГК РФ), а также к разного рода проявлениям противопоставимости обязательственных отношений третьим.³

3. Обоснование абсолютной защиты через общую пассивную обязанность неопределённого круга лиц также вынуждает внести коррективы в классическое учение об абсолютных и относительных правах. Наравне с критериями (1) тесноты круга лиц и (2) степени господства управомоченного,⁴ в науке также распространён критерий (3) собственных сил⁵. В соответствии с последним, разделение субъективных прав на абсолютные и относительные должно проводиться не в зависимости от типа их защиты, ибо не в этом состоит абсолютность,⁶ и не в зависимости от объёма правомочий, ибо это

¹ Райхер В.К. Указ. соч. С. 9; Эртманн В. О структуре субъективных частных прав // Вестник гражданского права. № 3. М., 2007. С. 270 и далее.

² Райхер В.К. Там же. С. 10.

³ Критика Б. Виндшейта об ограниченности абсолютной защиты нормами деликатного права см.: Там же. С. 11.

⁴ См. к прим.: Победоносцев К.П. Указ. соч. С. 619; Гамбаров Ю.С. Обязательства с точки зрения общественной теории права // Юридический вестник. СПб., 1879. С. 194; Канторович Я.А. Основные идеи гражданского права. Харьков, 1928. С. 13 и далее.

⁵ См. к прим.: Austin J. Lectures on Jurisprudence. London, 1885. P. 808 (Прив. по: Сеницын С.А. Указ. соч. С. 23); Попондопуло В.Ф. Абсолютные (монопольные) права предпринимателя // Правоведение. № 1. М., 1994. С. 5 и далее.

⁶ Сеницын С.А. Абсолютные и относительные субъективные права. Общее учение и проблемы теории гражданского права. Сравнительно-правовое исследование: монография. М., 2015. С. 26, 485 – 486.

лишь вопрос политики-права,¹ но ввиду различия в их «природе», «сущности».

Так, хотя и верно, что в основе всякого права лежит собственное действие (как минимум – заявление требования или принятия исполнения),² каждое правоотношение, существуя для удовлетворения человеческих потребностей, предполагает сатисфакцию индивида либо исключительно собственными действиями (абсолютное право), либо действиями определённой персоны (относительное право). При этом, пассивная обязанность по невоспрепятствованию, хотя, и диалектически неотделима от права (как и вообще, любая обязанность),³ она не является обязанностью корреспондирующей, «отражающей», «коррелирующей» (в отличие от активной обязанности в обязательстве).⁴ С точки зрения теории права, пассивная обязанность реализует правоохранительную функцию, тогда как обязанность-предоставление – регуляторную.⁵ Сообразно этому, обязанность первого типа, в отличие от типа второго, не имеет самостоятельного содержания.⁶ Иными словами, абсолютная защита, основанная на пассивной обязанности, в любом случае не является критерием обособления абсолютных прав; следовательно, предполагалось, что утилитарная потребность в противопоставлении обязательств всем третьим лицам может быть удовлетворена без отказа от центральной категории теории права (при условии изложенной интерпретации критерия). При этом, важно, что в рассматриваемом подходе, общий запрет на вмешательство, как обязанность охранительного или «гарантийного»⁷ свойства, не противостоит такому же

¹ Сеницын С.А. Абсолютная защита относительных прав: причины, последствия и соотношение с принятой классификацией субъективных прав. С. 38.

² Там же. С. 25.

³ Ем В.С. Категория обязанности в советском гражданском праве (вопросы теории). Дисс. на соиск. уч. степ. к-та юрид. наук. М., 1981. С. 53.

⁴ Сеницын С.А. Там же. С. 49 – 51. Подробнее о возможности существования не корреспондирующих прав и обязанностей см.: Гримм Д.Д. Юридическое отношение и субъективное право. СПб., 1897. С. 19; Серебровский В.И. Очерки советского наследственного права. М., 1953. С. 47; Протасов В.Н. Указ. соч. М., 1991. С. 54.

⁵ Сеницын С.А. Там же. С. 63 – 64.

⁶ Там же. С. 63

⁷ Там же. С. 48, 51.

общему субъективному праву.¹ Пассивная обязанность примыкает к каждому, как бы существующему отдельно и независимо от неё, субъективному праву.

Правда, при таком подходе возникает проблема квалификации права, обращённого к пассивной обязанности конкретного лица, то, что принято называть пассивным обязательством (п. 1, ст. 307 ГК РФ). Очевидно, что в этом случае, воздержание должника от действий также преследует цель предоставления возможности кредитору получить сатисфакцию собственными действиями.² Пожалуй, разница, например, с правом собственности, состоит только в том, что такие собственные действия кредитор вправе был осуществить и без возложения запрета на отдельную персону хотя бы только и в силу принципа «всё, что не запрещено, то – разрешено». Интерес же его, в такой ситуации, состоит в том, что в отсутствии запрета, собственные действия не привели бы к желаемому результату, не воспринимались бы в качестве блага. Следовательно, хотя, из содержания этого права не следует возможность совершения собственных действий (и без того дозволенных), оно должно быть квалифицировано в качестве абсолютного. Если подходить к разрешению этой проблемы формально, то в силу принципа *ubi jus incertum, ibi nullum* (с лат. – если права неопределенно – права нет) получается, что такое право не имеет иного содержания, кроме правомочия требовать исполнения пусть и пассивной обязанности; следовательно, право вполне будет отвечать признакам относительности в силу своей коррелятивности с обязанностью (требование управомоченного (единственное, чем он будет «обладать») отражает обязанность). Таким образом, квалификация этой конструкции зависит только от того,

¹ Сеницын С.А. Абсолютные и относительные субъективные права. Общее учение и проблемы теории гражданского права. Сравнительно-правовое исследование: монография. С. 519.

² Например, известный казус И. А. Покровского об установлении договорного запрета на игру на рояле между двумя соседями должен пониматься следящим образом (Покровский. И.А. Основные проблемы гражданского права. С. 135). Кредитор, собственными силами, удовлетворяет потребность в жилье, чем реализует своё право собственности. При этом, устранение посторонних звуков в квартире очевидно интересует его в связи потребностью в жилье определённого качества (комфорта). Однако, потребность всё равно сатисфакцируется самим кредитором, его поведением, состоящим в проживании с новыми удобствами. Важно понимать, что аналогичный результат может быть достигнут по средствам установления добровольного негативного сервитута, который, по общему признанию, состоит именно в *абсолютном* праве.

рассматриваем ли мы возможность сатисфакции собственными действиями в экономическом или строго юридическом смысле (то есть, при позитивном регулировании правомочий¹). Во всяком случае, сомнительно видеть, например, в том же праве собственности относительную природу (воспринимать как совокупность требований к отдельным должникам о невмешательстве) только лишь в силу отсутствия нормы, определяющей собственнические правомочия.²

Развитие этого последнего тезиса приводит и к более общему возражению в адрес рассматриваемого подхода. А. Тон утверждает, что для создания правовой возможности необходимо и достаточно введение соответствующего императива (запрета). Если закон предписывает всем своим адресатам воздержаться от помех в действиях определённого лица по отношению к некоторой вещи, то «непокрытая» таким запретом личность этого определённого лица не нуждается ни в каком специальном и отдельном дозволении. Более того, поведение собственника будет irrelevantно правовому регулированию. Пределом его возможностей по отношению к вещи вновь будут выступать императивы, направленные уже против него (и других адресатов) в интересах иных личностей, чьё «дозволенное поведение» опять же будет irrelevantно правопорядку.³ Получается, что то, что мы обычно называем субъективным правом есть «отражение» обязанности

¹ В доктрине права достаточно распространено представление, в соответствии с которым для признания наличия и определения объёма абсолютного права достаточно установить лишь существование и содержание имманентной обязанности и собственной обязанности по отношению к иным лицам по поводу иных предметов (негативное регулирование). Наиболее полное исследование см.: Тон А. Правовая норма и субъективное право. Исследования по общей теории права // Вестник гражданского права. № 4, 5. М., 2010. См. к прим.: Генкина Д.М. Доклад по вопросу классификации гражданских прав в советском гражданском праве // Советское государство и право. № 11. М., 1949. С. 75; Малышев К.И. Курс гражданского права, составленный по лекциям, читанным в 1880/81 академическом году. СПб., 1880. С. 208 – 211; Годэме Е. Общая теория обязательств. М., 1948. С. 13; Флейшиц Е.А. Личные права в гражданском праве СССР и капиталистических стран. Дисс. на соиск. уч. степ. д-ра юрид. наук. Л., 1939. С. 9; Александров Н.Г. Указ. соч. С. 112.

² А. Тон убеждён, что право собственности состоит из относительных прав (Синицын С.А. Указ. соч. С. 32).

³ Тот факт, что нормативный текст некоторых странах содержит указания, конкретно определяющие содержание определённого субъективного права, показывает только избранный тип юридической техники. Сущность правового регулирования – система императивов – остаётся неизменной по причине того, что она является *единственной* логически возможной: дозволенность одного без запрета остальным не отличается от дозволенности этих остальных; императив является единственным инструментом правового регулирования (См. подробнее: Тон А. Указ. соч.).

(эманлирующей из императива). Значит, если в обязательственном правоотношении существуют две самостоятельные обязанности (по невмешательству всех третьих лиц и по совершению определённых действий), каждая из них «отражает» самостоятельные права.¹ Тогда, мы получаем первый подход. Если предположить, что такие обязанности выступают в единстве, то отражение такой единой обязанности даёт одно субъективное право с всё тем же внутренним и внешним действиями (второй подход).

Догматическое обоснование комментируемого подхода можно обнаружить не только в части норм о генеральном деликте, но и в принципе недопустимости произвольного вмешательства в частные дела, необходимости беспрепятственного осуществления гражданских прав (п. 1, ст. 1 ГК РФ).

Тут мы должны согласиться с Р. О. Халфиной: единого, комплексного и исчерпывающего учения об абсолютных и относительных правах не существует.² Поэтому, ни один из подходов не может быть абсолютно отвергнут точно так же как другой – абсолютно принят. Но, для наших целей, наименее противоречивой представляется именно вторая позиция. Внутренняя сторона права на получение патента представляет из себя возможность требования предоставления патента; внешняя сторона – возможность препятствовать третьим лицам в недобросовестных действиях, направленных на утрату патентного правомочия. Указанное составляет новое опциональное свойство права на получение патента, возникающее в результате рассмотрения его в качестве объекта гражданских прав. Право на получение патента как транс-благо обеспечивает возможность получения исключительного права (мета-блага) *не только* через возможность требования совершения действий регистрирующим органом (прота-благо № 1), но и возможность требовать от всех третьих лиц пресечения действий, создающих угрозу в не получении мета-блага (прота-благо № 2). В политэкономическом

¹ Концепция субъективного права как эвентуального иска тут игнорируется намеренно, по причине отсутствия значения для разрешения рассматриваемого вопроса.

² Халфина Р.О. Советская теория гражданского права // Советское государство и право. № 10. М., 1969. С. 59

смысле, эвентуальность права на получение патента разрешается раньше государственной регистрации. Это ставит перед нами вопрос: возможно ли, при таком режиме защиты, рассматривать право на получение патента как только эвентуальное, а не попросту тождественное исключительному праву; иными словами, в чём же состоит его эвентуальность?

2.3. Право на получение патента: правовая объективация отношений присвоения

В данной части работы перед нами стоит задачи общетеоретического характера: обнаружить не возможные формы (явления), но содержание (сущность) абсолютной защиты права на получение патента.

Как известно, промышленная собственность охраняется в «сущностном» режиме, то есть, для осуществления исключительного права (его признания и охраны) необходимо прохождение ряда известных процедур.¹ На первый взгляд, осуществление государственной регистрации результата интеллектуальной деятельности в сфере науки-техники и дизайна для возникновения возможности осуществления исключительного права обусловлена необходимостью установления приоритета.² Так ли это в действительности?

Одно из самых первых упоминаний о защите интеллектуальной собственности датируется 500 г. до н.э. В греческой колонии Сибарис власть предоставила поварам монополию на производство кулинарных изысков (culinary delights).³ По замечанию Б. Багби уже в период между 257-180 г. до н.э. в Александрии Витрувиус выявил «кражу» интеллектуальной собственности на литературном конкурсе. Наконец, известны упоминания о «пиратстве» Фидентиниуса в отношении эпигроматика Мартиала. Период с конца Древнего Рима до зарождения Флорентийской республики был связан с

¹ Дозорцев В.А. Указ. соч. С. 43

² Больше того, по замечанию А. А. Пиленко процедура получения патента имеет конститутивную природу именно в этой связи (Пиленко А.А. Право изобретателей. СПб, 1902. С. 421 – 422).

³ Intellectual Property / Stanford Encyclopedia of Philosophy <https://plato.stanford.edu/entries/intellectual-property/>. Дата обращения: 14.03.2020.

постепенным увеличением предоставления привилегий (*franchises, privileges, and royal favors*) в отношении *различных* объектов интеллектуальной собственности. Б. Багби замечает, что предоставление привилегий недопустимо смешивать с системой защиты объектов интеллектуальной собственности. По его мнению, принципиальная разница состояла в том, что привилегии ограничивали доступ к интеллектуальному продукту уже находящемуся в публичном доступе; напротив, изобретатели (*inventors*) «не лишали публику» того, что существовало до акта создания, но обогащали её. Это деление является не совсем точным.

В действительности, средствами предоставления привилегий власть создавала монополии по осуществлению *торговли* (а значит и производства) товаров на определённых территориях. В этот исторический период не проводилась и не могла проводиться принципиальная разница между результатом интеллектуальной деятельности и товаром его воплощающим: единственным способом капитализации выступал сбыт вещей.¹ Ограничение на производство некоторых известных товаров, в отношении которых обладатель привилегии не являлся актором, действительно имело место. Однако, опыт колонии Сибарис показывает, что выдача таких привилегий могла касаться и *новых* товаров.

Таким образом, на первых этапах необходимость обращения к власти (для получения привилегии) не была связана с защитой результатов интеллектуальной деятельности. Цель состояла лишь в получении права на торговлю.² Незрелость капитализации сферы услуг (например, чтения стихов) не требовала предварительных обращений к государству вовсе.

Ярчайшим подтверждением этому служит Статут Флорентийской республики от 19 июля 1421. Этот акт устанавливал защиту прав не только

¹ Пиленко А.А. Указ. соч. С. 59. Как и в случае с торговыми монополиями, для этого времени не было свойственно прямо различать произведение от его внешнего воплощения (в виде театральных постановок, чтения стихов, поэм, философских деклараций и т.п.). Так, например, упомянутые выше лже-поэты были осуждены. Однако, причиной наказания явился не сам факт чтения чужих произведений, но предосудительная ложь (попытка получить вознаграждение путём обмана вознаграждающих).

² Там же. С. 58, 66.

изобретателей, но и авторов (возможность капитализации труда которых была связана с возросшей потребностью в живописи, скульптуре и архитектуре).¹ При этом, ещё до принятия этого акта, корпоративная структура² венецианского общества того периода требовала получение права на осуществление определённого вида деятельности в «гильдиях».³

Аналогичные закономерности наблюдаются и в позднесредневековой Англии. Например, с 1556 г. была провозглашена монополия на книгопечатанье, получаемая через предоставление привилегии.⁴ Ситуация изменяется к середине XVII в.: Ф. Бекон провозглашает принцип «знание есть сила»; с 1624 г. в Англии запрещается монополия,⁵ конкуренция признаётся фактором, призванным произвести качественный скачок в материальной и идеальной культуре.⁶ Однако, за первыми изобретателями монопольное право всё же было признано; такая мера являлась одним из способов стимулирования конкуренции.⁷ Причём, эта привилегия более не имела разрешительного (концессионного) характера.⁸ Однако, сохранение пусть и явного способа получения монополии было связано с тем, что право предоставлялось теперь только на определённый срок (14 лет).⁹ Для точного исчисления такого срока очевидно требовалось установить момент начала его течения. Непредставление защиты объекту, не прошедшему «регистрацию»,

¹ Intellectual Property / Stanford Encyclopedia of Philosophy <https://plato.stanford.edu/entries/intellectual-property/>. Дата обращения: 14.03.2020.

² Пиленко А.А. Указ. соч. С. 61.

³ Понкин И.В. История развития права интеллектуальной собственности // Юридическая наука. № 3. М., 2013. С. 125. О ренессансе и значении ремесленных цехов (гильдий) см. подробнее: Пиленко А.А. Там же. С. 60, 64. По замечанию А. А. Пиленко, в этот период следует говорить не о монополиях отдельных лиц, но профессиональных цехов (гильдий) (Там же. С. 68). Такая монополия имела по преимуществу положительный, а не отрицательный характер (Там же. С. 69).

⁴ Понкин И.В. Там же. С. 124 – 125.

⁵ Необходимо понимать, что новая идеология (Ф. Бекон) конечно не смогла бы повлиять на отмену монополий без сопряжения с экономическими факторами. О хозяйственных последствиях злоупотребления монополиями к этому времени см. Пиленко А.А. Там же. С. 76 – 77.

⁶ Klitzke R. Historical Background of the English Patent Law // Journal of the Patent Office Society. 1959. P. 10 and so on.

⁷ Dent C. Generally Inconvenient: The 1624 Statute of Monopolies as Political Compromise // Melbourne University Law Review. 2009. P. 17 – 25, 33 – 35.

⁸ По замечанию А. А. Пиленко, средневековые привилегии по концессионной модели понимались именно как разрешения (Пиленко А.А. Там же. С. 69). По мнению А. А. Пиленко с этим Актом преждевременно связывать возникновение облигаторной защиты (Там же. С. 81). Более отчётливо облигаторный принцип проявляется во французском законе 1787 г. (Там же. С. 83).

⁹ Понкин И.В. Там же. С. 125 – 126.

было связано лишь с тем, что доподлинное установление срока начала производства товаров (то есть осуществление исключительного права) была затруднительно. Последнее составило бы риск выхода за пределы срока охраны, а значит, дестимулировало конкуренцию. Должно быть очевидно, что, вновь, функция регистрации состояла в организации рынка товаров (изначально по монопольной, а с этого момента по антимонопольной модели).

Аналогичное следует заметить для объектов авторского права. Так, Статут Королевы Анны 1709 г. признавал право авторов производить монопольную печать своих трудов в ограниченный срок – 21 год.¹ Мотивом предоставления такого права также является стимулирование авторов к созданию произведений (что впервые недвусмысленно следовало из преамбулы самого акта). Такие стимулы также были призваны служить фактором конкуренции, но в сфере культуры и неприкладной науки.² Важной особенностью этого акта является то, что предоставление привилегии впервые не нуждалось в обращении в государственный орган.³ Причина этого чрезвычайно утилитарна: в отличие от производства товаров, воплощающих изобретения, момент начала течения срока охраны для произведения мог быть установлен объективно – по дате печати первой публикации (которую всегда можно было обнаружить на экземпляре из королевской библиотеки).

Таким образом, должно быть очевидно, что системы регистрации объекта промышленной собственности исторически не была сопряжена с фиксацией приоритета разработки. Монополия именно первого изобретателя⁴ требовалась для стимулирования конкуренции, тогда как сама регистрация была необходима для расчёта периода действия монополии.⁵ На первых этапах

¹ Intellectual Property / Stanford Encyclopedia of Philosophy <https://plato.stanford.edu/entries/intellectual-property/>. Дата обращения: 14.03.2020.

² Nahart R. The Origin and Development of the British and American Patent and Copyright Laws // Whittier Law Review. 1983. P. 4 – 8.

³ Понкин И.В. Указ. соч. С. 126.

⁴ Первого кто создал, но не первого, кто обратился за регистрацией созданного.

⁵ Тот факт, что сегодня государственная регистрация объектов промышленной собственности связывается с проведением сущностной экспертизой есть лишь очередная утилитарная закономерность. Внесение объектов в реестр без проверки их новизны приводило бы к тому, что спор о наличии или отсутствии монополии переносился бы в суд, который осуществлял бы, строго говоря, техническую, а не юридическую работу, устанавливая какой объект был внесён в реестр первым (такова была прежняя процедура регистрации во

действия регистрационной системы неразвитость конструкторской деятельности означала неактуальность вопроса о трудностях определения первого актора, о проблеме соотношения двух независимо созданных объектов. С развитием сферы инновационной деятельности (причиной которой как раз и является само предоставление ограниченной монополии) появились и стали умножаться случаи спора об объективной новизне (тогда синоним приоритета). Решение проблемы было найдено так: если невозможно усомниться в самостоятельном создании результата интеллектуальной деятельности, объективная новизна должна *презюмироваться* в пользу того, кто обратился за регистрацией раньше. Причиной такому суждению служила совокупность двух факторов: а) затруднительность в определении момента создания каждого из конкурирующих объектов (в отсутствии обстоятельств, свидетельствующих о «краже»); б) сомнения в добросовестности истца применительно к антимонопольным требованиям («лицо создавшее объект раньше, обращается за регистрацией позже другого» – подозрение в отсутствии намерения обращаться за регистрацией с целью искусственного продления монополии). Именно таким образом происходит подмена приоритета создания (объективной новизны) на приоритет обращения. Таким образом, функция определения приоритета, исторически, является вторичной.

Теперь необходимо рассмотреть вопрос о том, что является основанием возникновения исключительного права (вне зависимости от наличия или отсутствия ограничений на его осуществление). Так, по замечанию В. Фишера, на сегодняшний день существует четыре подхода.¹ Первый подход, по понятным причинам доминирующий в странах англо-саксонской правовой традиции, – утилитаризм. В общем виде основанием предоставления охраны являются соображения стимулирования авторов и изобретателей по созданию

Франции (Пиленко А.А. Указ. сос. С. 422)). Такая работа, не требующая юридических, но иных специальных навыков, осуществлялась бы вне суда с меньшими издержками.

¹ Fisher W. Theories of intellectual property. <https://cyber.harvard.edu/people/tfisher/iptheory.pdf>. Дата обращения: 14.03.2020. P. 2 – 5.

новых продуктов, в конечном счёте приводящее к увеличению духовного и материального благосостояния всего общества.¹

Второй подход не имеет принципиальных различий с первым: причина его выделения скорее связана с более взвешенным экономическим анализом, нежели тем, что был предложен утилитаристами.²

Третий подход, основывается на трудовой теории приобретения собственности Джона Локка. Так, по формуле философа, для возникновения права собственности на некоторую вещь лицо-приобретатель должно приложить некоторый труд. Тот, кто работает над никому не принадлежащими или общественными ресурсами имеет *естественное* право на плоды своего труда.³ По замечанию Р. Нозика теория Локка не вписывается в идею защиты результатов интеллектуальной деятельности. Если ресурсами, находящимися в общественном достоянии, являются идеи, из которых авторы и изобретатели черпают основы своих продуктов, то монополия на последние действительно логична (это результат их интеллектуального *труда*). Однако, в таком случае, лица, которые в последствии *независимо* создали, например, такое же изобретение должны иметь право на его изготовление и распространение (форма обеспечения своего существования).⁴

¹ Landes W., Posner R. An Economic Analysis of Copyright Law. P. 325; Landes W., Posner R. Trademark Law: An Economic Perspective. P. 265; McClure D. Trademarks and Competition: The Recent History: Law and Contemporary Problems. 1996. P. 13 – 43.

² Fisher W. Ibid. P. 34.

³ По мысли Локка, естественный разум указывает: каждый индивид имеет право на присвоение материалов, обеспечивающих его существование. Труд в этом вопросе имеет ключевое значение – Бог повелел человеку улучшать землю, чтобы она была благом его жизни (Fisher W. Ibid. P. 22.). По видимому, речь идёт о библейском эпизоде книги Бытия – грехопадение, но в более оптимистичной интерпретации, свойственной Англиканской церкви протестантского толка (Бог Адаму: «Проклята земля за тебя; со скорбью будешь питаться от неё во все дни жизни твоей; терния и волчцы произрастят она тебе; и будешь питаться полевой травой; в поте лица твоего будешь есть хлеб...» (3:14–19 Б.)) (о воззрениях на труды Аристотеля и значении Библии см. подробнее: Пиленко А.А. Указ. соч. С. 59). При этом, будучи одним из первых социалистов, Локк уточняет: приобретение права собственности в результате труда возможно только в том случае, если для остальных членов общества остаётся достаточное количество ресурсов для осуществления тех же мероприятий, приводящих к возникновению права собственности других. Очевидно, что такое ограничение призвано избежать крайней формы капитализма в виде монополии одного собственника.

⁴ Fisher W. Ibid. P. 5.

Основу последнего подхода составляют идеи И. Канта и Г. Гегеля. Право собственности является естественным правом поскольку выступает фактором удовлетворения потребностей индивидов.¹

Обособление этих подходов связывается с тем, что каждый из них имеет свои преимущества и недостатки в части потенциала объяснения действующей системы охраны интеллектуальной собственности во всей её совокупности. Однако, сейчас, значение имеет то, что каждый из представленных подходов имеет в своём основании простую формулу: каждый из нас понимает, что автор должен иметь защиту; что причины этой защиты человеческий разум может найти множества. Тот случай, когда каждый осознает необходимость чего-то (рефлексируя потребность), но не способен до конца выразить значение этого, есть случай естественной потребности, потребности диктуемой самой природой вещей, случай естественного права.²

Отдельное внимания заслуживает обоснование конститутивной природы регистрации объектов промышленной собственности данное И. Фихте в связи с обоснованием защиты авторов произведений. Ко времени философа в Германии отсутствовала система защиты произведений.³ При этом, система «защиты» изобретателей, чрезвычайно примитивная, подобная тем, что господствовала во Флоренции и средневековой Англии, всё же существовала.⁴ Основная посылка И. Фихте состоит в том, что: а) фактическая передача книги влечёт и юридическую передачу права собственности на неё

¹ Fisher W. Ibid. P. 5.

² Неслучайно, две из представленных теорий употребляют термин естественное право, то есть, оперируют понятием, призванным выразить состояния необходимости (но не предопределённости) наступления некоторого. Иными словами, изложенные подходы представляют собой попытки человеческого разума отразить и выразить состояние естественного разума (о концепции исключительного права как естественного права см.: Щербак Н.В. Указ. соч. С. 12). Как представляется, лучшим примером попытки выразить ощущаемую, но до конца не осознаваемую потребность, являются размышления И. Фихте по вопросу причин недопустимости репринтинга: «всегда считалось *презренным* копировать слова без указания аутентичного автора и те из них, кто поступал таким образом были заклеены позорным именем – плагиатор» (Fichte J. G. Proof of the Illegality of Reprinting: A Rationale and a Parable / trans. Martha Woodman. <https://case.edu/>. Дата обращения: 14.03.2020. P. 4).

³ Именно эссе Реймаруса, язвительно восклицавшее о незащитности авторов, стало первым толчком в исследованиях философа (Fichte J. G. Ibid. P. 1).

⁴ Пиленко А.А. Указ. соч. С. 94.

как на вещь; б) передача мыслей автора своему читателю также – мысль автора как бы становится мыслью читателя и уже в силу этого, мысль принадлежит всем, кто с ней знаком как бы на праве *общей* собственности; в) когда же речь идёт о средстве выражения идей или мыслей (форме), то есть, о структурных единицах языка, никакой передачи не может быть по самим свойствам человеческого мышления: мы не можем приобрести чужую форму мысли.¹

Напротив, в отношении промышленных образцов и изобретений философ полагает, что для присвоения понятия (результата интеллектуальной деятельности в противовес своему воплощению – физической вещи) покупатель должен совершить активные действия по исследованию вещи. Из этого И. Фихте делает вывод о том, что приобретатель вещи мог бы получить право собственности (право общей собственности) на лежащую в её основе концепцию, однако, в силу *несправедливости* этого, государство вмешивается по средствам предоставления привилегии.² Как представляется, фактическая передача и присвоение формы всё же вполне возможны (стихотворения, некоторые отрывки прозы). Но, при всём этом, И. Фихте, сам того не подозревая, всё же даёт правильный ответ на вопрос об основании исключительного права. Исключительное право возникает ввиду естественной необходимости (оттого суть естественное право) в справедливости по отношению к актору: если некоторое лицо продаёт вам вещь, воплощающую результат своей интеллектуальной деятельности не для того, чтобы вы его множили, но только использовали (книгу с прозой – для использования мыслей; книгу с поэзией – для использования мыслей *и формы*; вещь, воплощающую изобретение – для употребления по предписанному назначению) – вы, приобретая вещь, соглашаетесь на эти условия, а потому, должны их соблюдать.³

¹ Fichte J. G. Ibid. P. 2 – 3. По мысли И. Фихте, издатель также не приобретает права на форму; но получает особый мандат в виде узуфрукта на право собственности автора (Ibid. P. 5).

² Ibid. P. 6 and so on.

³ Идеи о договорной природе интеллектуальной собственности высказывались во Франции Боуфлерсом (Пиленко А.А. Указ. соч. С. 87). Примерно в это же время Элдом выдвигает аналогичную идею в Англии (Там же. С. 90). Следует согласиться с А. А. Пиленко в той части, что как размышления о собственности, так и размышления о договоре не отражают истинной сущности исключительного права (Там же. С. 92). Это

Итак, (а) если исключительное право безотносительно к типу объекта возникает в момент создания такого объекта по естественным причинам, а (б) ограничения, в виде признания и охраны такого исключительного права в отношении объектов промышленной собственности при условии особой процедуры, имеют целевое назначение (ограничение монополии и определение приоритета), то: во всех тех случаях, когда эта цель не исполняется в отсутствие регистрации, позитивное право обязано защитить исключительное право актора. Иными словами, когда актор намеревался обратиться за регистрацией, то есть, не пытался без регистрации учинять монополию на неопределённый срок (или более продолжительный по сравнению с установленным в законе), посягательство третьих лиц должно быть пресечено. Суд, при поступлении заявления, обязан с привлечением специалистов произвести *упрощённую* проверку патентоспособности (в том числе приоритет) результата интеллектуальной деятельности и, при отсутствии существенных сомнений в его патентоспособности, принять меры по оперативному воздействию на нарушителей. При этом, не вызывает сомнений тот факт, что добросовестные лица, предпринявшие приготовления к использованию результата интеллектуальной деятельности ввиду его распространения недобросовестным лицом, вправе рассчитывать на защиту в режиме преждепользования (ст. 1361 ГК РФ).

Выводы первой главы. В диалектическом смысле, абсолютная защита права на получение патента является формой. Исходя из методологии философии номинализма, создание сущностей без необходимости – недопустимо. Если некоторый интерес в результате интеллектуальной деятельности защищается против всех третьих лиц, то, по *существу*, речь может идти только о том, что полностью тождественно исключительному праву. Иными словами, абсолютное господство по поводу объекта промышленной собственности, как сущность, может иметь две формы: право

бесспорно есть очередная попытка выразить нечто новое, в известных категориях. Поэтому, в комментируемом участке совершенно точно договор не должен пониматься в его гражданско-правовом смысле; скорее этот термин тяготеет к «общественному договору» (некоему естественному соглашению).

на получение патента с абсолютным действием и, собственно, исключительное право (в узком смысле).

В виду того же существа, при номинировании феномена абсолютной защиты результат интеллектуальной деятельности универсалией «исключительное право» (в широком смысле), мы получаем эффект ретротракции, то есть, перенесение момента защиты со дня подачи заявки в регистрирующий орган при условии выдачи патента, на момент создания самого объекта (для всех тех случаев, когда это не противоречит нормам антимонопольного законодательства). При этом, должно быть понятно, что абсолютное господство (исключительное право в широком смысле) существует в форме права на получение патента с абсолютной защитой только по догматическим, то есть, не необходимым причинам.

Однако, всё указанное не означает полное вытеснение эвентуальности права на получение патента. Во-первых, эвентуальность будет свойством права на получение патента в тех случаях, когда правообладатель не намерен получать патент. Если такое лицо рассчитывает на защиту монополии не принимая мер по раскрытию даты отсчёта действия монополии, оно признаётся недобросовестным монополистом, значит, не заслуживает защиты. Следовательно, и абсолютная защита права на получение патента становится невозможной. Во-вторых, эвентуальность всегда присуща праву на получение патента в части противопоставимости монополии независимому актору, создавшему тождественный результат.

В каждом из этих случаев у лица наличествует только относительная составляющая права на получение патента, способная превратиться в полноценное исключительное право (тут широкий и узкий смысл совпадают) – эвентуальность.

Такова феноменология права на получение патента при рассмотрении его в статическом аспекте категории «объект гражданских прав».

ГЛАВА II. ПРОБЛЕМНЫЕ АСПЕКТЫ ПЕРЕХОДА ПРАВА НА ПОЛУЧЕНИЕ ПАТЕНТА ПО ДОГОВОРУ

§ 1. ПРАВОВАЯ ПРИРОДА ДОГОВОРА ОБ ОТЧУЖДЕНИИ ПРАВА НА ПОЛУЧЕНИЕ ПАТЕНТА

В действующем законодательстве отдельно выделяется договор об отчуждении права на получение патента (п. 3 ст. 1357 ГК РФ). Нормативные предписания ограничиваются указанием на надлежащую форму и последствия её несоблюдения (п. 3), но, главное, диспозитивным правилом о возложении риска непатентоспособности на приобретателя (п. 4).

Последнее представляет интерес в той связи, что такое, обычно не свойственное договору о приобретении имущества, распределение бремени риска может указывать на особую природу исследуемых отношений. Тем самым, перед нами стоит задача установления сущности договора и произведения оценки релевантности регулирования соответствующих отношений потребностям участников гражданского оборота.

Поскольку указанная норма не содержит темпоральных «разметок», мы вынуждены исходить из того, что в случае, когда непатентоспособность имеет место до акта правопреемства (то есть, когда право на получение патента отсутствует и, следовательно, не может быть передано) приобретатель, обязавшийся к оплате, должен её произвести хотя бы и с очевидностью для себя не получит встречного предоставления. Равно, оплата, уже произведённая всё в том же отсутствии приобретаемого предмета, не будет подлежать возврату в кондиционном порядке.¹

¹ Тут и далее мы не рассматриваем случаи умышленной продажи несуществующего права; понятно, что такие отношения будут признаны недействительными в том или ином конкретном виде (ст. 168 через п. 1, ст. 10, 169, 174.1, 179 ГК РФ), доподлинное установление которого нас не интересует. Рамки настоящего исследования образуются вокруг случаев, когда отчуждателю не известно, что подлежащее передаче права отсутствует.

1.1. Алеаторный характер договора

В римском праве не выделялись в особенную категорию договоры, сопряжённые в своей сути с риском.¹ Следовательно, *Corpus iuris civilis* не показывает специальной терминологии. Однако, феномен волонторных отношений, в основе которых лежит риск, был знаком древнеримской практике. Так, по мнению Ю. Барона, на равне с играми, пари и *foenus nauticum*, к рискованным сделкам относятся *emptio spei* и *emptio rei speratae*.² Наше внимание особенно привлекает первая категория.

Так, *emptio spei* предполагает, что покупатель производит оплату продавцу незамедлительно и безусловно, а продавец обязуется передать товар (добычу) в том случае, если таковой возникнет в принципе, и в том количестве и качестве, в каком будет явствовать при своём воплощении. По выражению Помпония, этот случай следует понимать как куплю-продажу потому, что, хотя, добыча может не возникнуть, всё же приобретение имело место: куплена «надежда» (*alea emitur*).³ Должно быть видно, что конструкция *emptio spei* описывает отношения, идентичные предусмотренным в п. 3, ст. 1357 ГК РФ.⁴

Понятно, что основная проблема поиска сущности алеаторной сделки связана с определением её места относительно категорий «возмездная» и «безвозмездная» сделка. Сообразно этому и произошло выделение двух направлений.

Так, представители первого подхода, покоящегося на соображениях древнеримских юристов, тяготели к отождествлению алеаторной сделки со сделкой возмездной. Р. Ж. Потье показывает, что возмездность в рискованных

¹ Щербаков Н.Б. Алеаторные сделки. М., 2013. С. 2. Сноска № 9.

² Барон Ю. Система римского гражданского права. СПб., 2005. С. 546.

³ Дигесты 18.1.8.

⁴ Так же должно быть понятно, что именно этот участок Дигест не только стал казус-основанием возникновения специальной терминологии («рисковая» или «алеаторная» сделка) (на это прямо или косвенно указывают: Д.Д. Гримм (Гримм Д.Д. Лекции по догме Римского С. 334), Д. В. Дождев (Дождев Д.В. Римское частное право. М., 2008. С. 583), В. В. Ефимов (Ефимов В.В. Догма римского права. СПб., 1894. С. 170 и далее). М. Кайзер (Max Kaser. Das romische Privatrecht. Munchen. 1975. Т. II. S. 549 (прив. по: Щербаков Н.Б. Там же. С. 2. Сноска № 9)), но и начальным основанием первого из двух подходов к определению алеаторности, развитому Р. Ж. Потье (автор специальной терминологии) (Щербаков Н.Б. Основные подходы к определению юридической природы «алеаторных сделок» // Вестник гражданского права. № 1. 2006. С. 80) и Р. Саватье (Там же).

отношениях определяется не как эквивалентность первого предоставления предоставлению второму, встречному (как при ординарной меновой сделке), но как эквивалентность первого предоставления риску.¹ Аналогичное положение встречается, в частности, у А. Н. Радищева («отважные»² договоры суть «мена надежды»³). Действительно, коль скоро договорное право в первую очередь направлено на обеспечение товарообмена,⁴ то алеаторную сделку вполне можно представить в виде обмена некоторого товара на определённый риск (что и делает Р. Саватье)⁵.

Однако, такой подход встречает следующие возражения. Во-первых, непонятно, как риск может составлять предоставление или объект права (в рамках специально-юридического подхода).⁶ Во-вторых, Р. Ж. Потье, заключая, что алеаторные договоры предполагают только «собственные интересы» сторон, ни одна из которых никогда не намеревается уступить свою выгоду другому,⁷ попросту не принимает во внимание одностороннее пари. Если один спорит о чём-либо с другим и в случае неправоты не получает

¹ Euvres de Pothier. Nouvelle Edition. Publie par M.Siffrein. Paris, 1824, tome sixieme. P. 270 (цит. по Щербаков. Н.Б. Указ. соч. С. 80 и далее).

² Термин «отважный» – адаптивный авторский перевод А. Н. Радищева. По замечанию В. А. Томсинова, А. Н. Радищев был одним из первых отечественных правоведов, предпринявших попытку сложения уникальной отечественной терминологии с целью создания национальной юридической науки (предполагающей выработку собственной системы понятий) (Томсинов В.А. Понятие договора в проекте гражданского уложения Российской Империи конца XIX – начала XX века // Вестник Московского Университета. № 5. М., 2018).

³ Радищев А.Н. Проект Гражданского Уложения. https://rvb.ru/18vek/radishchev/01text/vol_3/04legal/053.htm. Дата обращения: 14.03.2020. С. 227.

⁴ Smith S. Contract Theory. 2004. P. 112.

⁵ Саватье Р. Теория обязательств. М., 1972. С. 12.

⁶ Этим вопросом задаётся в том числе Н. Б. Щербаков (Щербаков Н.Б. Указ. соч. С. 86).

⁷ Там же. С. 80. Н. Б. Щербаков предпринял попытку выразить риск в категории привычной отечественной теории права. Так, например, в страховании, предоставление воплощается в услуге, суть которой составляет перераспределение риска (Там же. С. 84 – 85). Но из этого тезиса мы не видим собственно тех действий, составляющих «услугу», что встречным образом подлежат «оказанию» за страховую плату *помимо и вне зависимости* от наступления страхового случая. Более того, это остаётся неприменимым в отношении игр и пари. Сам автор разъясняет, что в случае игр и пари невозможно обнаружить риски, которые подлежали бы перераспределению, то есть, составляли бы предмет в отношении которого могла оказываться соответствующая услуга (Щербаков Н.Б. Алеаторные сделки. С. 26). На этом основании, учёный приходит к выводу: если в играх и пари риск создаётся самой алеаторной сделкой (которая очевидно не в состоянии одновременно с этим служить и основанием перераспределения такого риска), существуют «догматические мотивы» отказа в защите таких отношений (Там же; Щербаков Н.Б. Основные подходы к определению юридической природы «алеаторных сделок». С. 87). А. Н. Радищев полагает, что игры и пари не должны иметь защиты, хотя не поясняет мотивы такого решения (Радищев А.Н. Указ. соч. С. 227). Думается, приведённый вывод содержит в своём построении логическую ошибку. Представляется, что сама сущность права как нормативной структуры (догматической формы) состоит в абстрактном моделировании вариаций реальности. Если некоторая модель не способна описать реальность, это не означает, что такой реальности не должно быть по «догматическим» соображениям.

ничего, но и не теряет своего, тогда как при своей правоте вправе рассчитывать на выплату выигрыша, говорить о возмездности никак невозможно. Представляется, что формальный подход к определению (без)возмездности (через обнаружение встречного предоставления) вызван самой сущностью права как «слепок» реальных отношений. Иными словами, там где невидна встречность, возмездности быть не может (тогда как обратное – верно¹).

Второе направление не ставит перед собой задачу определить (без)возмездность алеаторной сделки на стадии *до* разрешения условия. Так, обычно, постулируется, что тот или иной соответствующий характер сделки приобретает лишь с наступлением условия. В этом случае, алеаторный договор не есть непременно «покупка надежды», но лишь условная сделка.²

При этом, вопрос осложняется тем, что следует понимать под этой последней категорией. Например, при буквальном толковании положений ст. 157 ГК РФ, таковой является именно сделка, как основание правовой пертурбации. Предполагается, что раз сделка суть причинность правоотношений в их безраздельной полноте, то условность может касаться таких правоотношений в их той же полноте, без разделения с тем, чтобы обязанности одного были условны, а обязанности другого безусловны. Такой позиции придерживаются: Г. Дернбург³, Б. Виндшейд⁴, Л. Эннецерус⁵, Ю. С. Гамбаров⁶, Д. И. Мейер⁷, Н. Б. Щербаков⁸.

¹ Этот «сбой» связан с эквивалентностью встречного предоставления. Форма таких отношений неадекватно отражает истинную волю сторон, и, во избежание неадекватных правовых решений, мы вынуждены обращаться к исследованию содержательной стороны операции.

² Такова позиция М. И. Брагинского (Брагинский М.И. Договоры об играх и пари. М., 2006. С. 3). По материалам судебных постановлений, приведённых Н. Б. Щербаковым (Щербаков Н. Б. Основные подходы к определению юридической природы «алеаторных сделок. С. 74), отождествление условности сделки с её алеаторностью обычно для современной отечественной практики (см.: Решение от 11 мая 2006 г. по делу № КГ-А40/3650-06).

³ Дернбург Г. Пандекты Т. 1. Общая часть. С. 289.

⁴ Виндшейд Б. Учебник пандектного права. Т. 1. Общая часть. СПб., 1874. С. 201.

⁵ Эннецерус Л. Указ. соч. С. 283.

⁶ Гамбаров Ю.С. Гражданское право. С. 759.

⁷ Мейер Д.И. Указ. соч. С. 147.

⁸ Щербаков Н.Б. Там же. С. 75 – 76. В этой связи Н. Б. Щербаков даже отказывает Ю. Барону и Д. Д. Гримму (Гримм Д.Д. Указ. соч. С. 334) в правоте, когда те относят упомянутую ранее *emptio rei speratae* к алеаторным сделкам (Щербаков Н.Б. Алеаторные сделки. С. 22 – 23). Действительно, в отличие от *emptio rei speratae* конструкция *emptio rei speratae* предполагает, что обязанности по уплате и предоставлению вещи (единовременно) возникают только в случае создания вещи – предмета договора. Однако, Н. Б. Щербаков не увидел истинного мотива Ю. Барона в квалификации этой сделки в качестве алеаторной: риск там состоит в безусловности

Однако, известно, что, например, англо-саксонской правовой системе свойственно усматривать условность даже в обычных двухсторонних договорных обязательствах.¹ Учение о встречном предоставлении (*consideration*) предполагает, что обязанность одной стороны *возникает* после исполнения обязанности другой.²

Для континентальных стран, усвоивших доктрину синаллагматической связи, в отношении вопроса двухсторонних договор дело осложняется тем, что, сама по себе, синаллагма, предполагая встречные обязательства возникающими одновременно, не разрешает вопрос о порядке осуществления исполнения (от чего, в общем, синаллагму правильно относит к категории каузальности). В силу свободы договора, стороны вправе определить такой порядок самостоятельно. В последнем случае, мы будем говорить об обусловленности *исполнения*, но не возникновении обязательств. Оставляя за скобками необходимость предусматривать порядок исполнения самостоятельно, существует ли принципиальная теоретическая³ разница между европейским и англо-американским подходами? Как представляется – нет. Например, К. П. Победоносцев, уникальный в своём воззрении, полагает, что даже в условной отлагательной сделке права и обязанности возникают немедленно с момента её совершения, тогда как (не)наступление условия влияет лишь на разрешение вопроса о моменте исполнения.⁴ Но как бы то ни было, классическая теория неуклонно ассоциирует обусловленность исполнения с синаллагматической конструкцией. Вопрос же рискованности условности решается, например, во Франции через условное *возникновение* обязательства (ст. 1168, 1181 ФГК): условной будет сделка как та, в которой

размера платы – оговоренная сумма не может быть изменена и подлежит выплате вне зависимости от качества возникшей вещи (риск эквивалентности встречного предоставления) (Барон Ю. Указ. соч. С. 546).

¹ Treitel G.H. The Law of Contract. London, 2003. P. 62.

² Bronaugh R. Agreement, Mistake, and Objectivity in the Bargain Theory of Conflict // Wm. & Mary Law Review. 1976, <https://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol18/iss2/2>. Дата обращения: 14.03.2020. P. 213 – 221.

³ О практических различиях, в первую очередь о применимости фикции наступления условия при недобросовестном воспрепятствовании разрешению оговоренного условия в рамках двухсторонних договоров см.: Карапетов А.Г. Зависимость условия от воли сторон уловной сделки в контексте реформы гражданского права // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации № 7. М., 2009. С. 87.

⁴ Победоносцев К.П. Указ. соч. С. 14 – 15.

все обязательства возникают при наступлении события, так и так, в которой обязательство только одной стороны зависит от разрешимости обстоятельства.¹ Так же и применительно к Германии следует говорить именно о *возникновении* обязательств. Правда, некоторая непоследовательность ГГУ мешает однозначно определиться, идёт ли речь об условности сделки (то есть всей полноты обязательств по ней) или закон допускает условность отдельных обязательств как во Франции: ст. 158, 159 ГГУ повествует об «условных сделка», тогда как в ст. 160, 161 употребляется термин «условное обязательство». Положение на авторитетные комментарии позволяет заключить, что условным может быть и обязательство одной стороны.² Таким образом, полезно, ко всему имеющемуся в литературе многообразию классификаций, артикулировать ещё одну: если условность касается всего законного состава сделки – это (1) простое условие; условность же одного из обязательств, очевидно разрывающих синаллагму, суть (2) алеаторное условие.

Применительно к отечественному праву следует обратить внимание на ст. 327.1 ГК РФ. Так, видимо всё же случайным образом³, возникла новая догматическая основа алеаторных сделок: риск апробируется не условностью возникновения обязанности, но условностью её исполнения (именно таков результат диссоциации синаллагмы и обусленного исполнения). При этом, по существу, теоретически это принципиально не отличается от конструкции условно-отменительного обязательства.⁴

Как представляется, оба подхода в действительности не находятся в противоречии. Полагаем, что второй подход успешно описывает механику

¹ Nicholas B. The French Law of Contract. Oxford, 2003. P. 161. Морандьер Л.Ж. Гражданское право Франции. Т. 2. М., 1960. С. 614 – 615. При этом, следует иметь ввиду, что, хотя, конструкция условного обязательства чужда идеи синаллагмы, применительно к двусторонним договорам закон постановляет, что на случай неисполнения встречного обязательства мы всегда имеем дело с условной, однако, важно, отменительной (*résolutoire*), сделкой (абз. 1, ст. 1184 ФГК).

² См. комментаторскую литературу и выводы: Карапетов А.Г. Указ. соч. С. 39

³ О причинах появления нормы см. подробнее: Витрянский В.В. Указ. соч. С. 51 – 52.

⁴ Указанное верно ровно настолько, насколько категория «условная сделка» в отечественном праве допускает исключительно одновременное возникновение обязательств. В противном случае, мы получаем альтернативную модель построения алеаторных отношений. Далее мы будем рассматривать обе эти модели.

алеаторности, тогда как его ответ на проблему (без)возмездности кажется совершенно непригодным. Напротив, первый подход несёт верную постановку вопроса о (без)возмездности – последняя должна определяться уже до стадии наступления условия; однако, признание всех алеаторных сделок возмездными и отсутствие описания механики соответствующих отношений не приводят к логической завершённости этого учения.

Понятно, что договор об отчуждении права на получение патента невозможно считать безвозмездной сделкой даже в случае отсутствия права на получение патента к моменту его отчуждения. Вместе с тем, кроме условности, нет никакой иной, известной на сегодняшнюю день конструкции, способной описать структуру правоотношений по договору об отчуждении права на получение патента при сохранении диспозитивной нормы о возложении риска на приобретателя. Далее мы продолжим анализ внутренней структуры алеаторности с тем, чтобы выявить особенность конструкции рискованных правоотношений в ключе модели условной сделки.

1.2. Соотношение алеаторности с потестативной условностью

Действительное затруднение вызывает теперь другая плоскость «общего режима» условных сделок – значение потестативных условий и преломление такого значения в отношении к алеаторности. Общей теории права большинства стран известна классификация условий на случайные, смешанные и потестативные. Однако, сочленение, морфология и критерии не находятся в единстве.

Так, во Франции эта классификация закреплена в ФГК: ст. 1169. случайное условие – полностью не зависит от стороны сделки; ст. 1171. смешанное условие суть одновременно зависит от воли стороны сделки и воли третьего лица; ст. 1170. произвольное условие состоит (полностью) во власти стороны сделки.¹ По рекомендации Л. Ж. Морандьера потестативное условие,

¹ Аналогичный подход к классификации и определениям встречаются: Васильковский Е.В. Указ. соч. С. 130; Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 207; Анненков К. Указ. соч. С. 437.

в свою очередь, следует разделять на: простое – когда мотив действия или бездействия *не* связан с интересом или отсутствием интереса в самой условленной сделке, но имеет отношение *только* к внешним обстоятельствам; и чистое – выражаемое как «обязуюсь если пожелаю».¹ К сожалению, аутентичные формулировки и неразъяснённая приводимых примеров профессора, а в некоторой степени и трудности перевода, послужили некоторому заблуждению в отношении роли такой дополнительной классификации.² Простое потестативное условие не может квалифицироваться как смешанное, поскольку наступление смешанного условия никогда невозможно без участия третьего лица (например – заключение стороннего договора).³ Действительно, простое потестативное условие предполагает действие стороны сделки, которое не может находиться в вакууме жизни. Так, переезд в другой город (классический пример простого потестативного условия) всегда сопряжён с поведением третьих лиц (например – оказание услуг по перевозке) или явлениями природы (например – нелётная погода). Однако, такого рода обстоятельства не в меньшей степени воздействуют и на чисто потестативное условие – вряд ли могут быть сомнения в том, что изъявление пожелания быть связанным сделкой также не редко препятствуют другие лица или стихии. Дело тут состоит в том, что было

¹ Морандьер Л.Ж. Указ соч. С. 615.

² В частности, А. Г. Карапетов, со ссылкой на Б. Николаса указывает, что судебная практика Франции идёт по пути отождествления условий, «которые зависят частично от воли одного из контрагентов, а частично от внешнего действия» (имея ввиду тут «просто потестативные») со смешанными условиями (Карапетов А.Г. Указ. соч. С. 35, 47). Видно, что уже само определение просто потестативных условий представлено здесь неверной акцентуацией при цитировании и неверным воспроизведением и без того неудачно сформулированного Л. Ж. Морандьером определения. Ю. С. Гамбаров выделял случайные условия (полностью независимые от воли сторон) и «произвольные (потестативные)», которые в свою очередь также делились на чистый тип (по модели «если пожелаю») и простой тип. Последний, автор определял как просто «внешнее действие», и, исходя из приведённых им примеров, в частности – заключение брака (для которого нужно два волеизъявления), не отличал смешанные условия от условий просто-потестативных. (Гамбаров Ю.С. Указ. соч. С. 764). Г. Дернбург также делил условия на случайные (полностью независимые от воли сторон) и «произвольные (потестативные)». Последняя категория сепарировалась им на «чисто-произвольные» (полностью зависящие от воли одной из сторон) и «смешанные», приводил в качестве примера тот же брак. При этом, к «чисто-произвольным» он относил составление завещания (то есть, стороннюю сделку по отношению к сделке условной) (Дернбург Г. Указ. соч. С. 292 – 293). К. П. Победоносцев составил идентичную Л. Ж. Морандьеру классификацию выразив её много более удачно (Победоносцев К.П. Указ. соч. С. 13 – 14).

³ Строго говоря, Л. Ж. Морандьер, при определении смешанного условия, очевидно, вслед за авторами ст. 1171 ФГК, упустил из внимания, что внешним обязательным элементов там может служить не только действие третьего лица, но и явления природы.

успешно выражено в деликатном праве, а именно в учении о причинности вреда, через категорию *intervening cause*.¹ Причинности не могут составлять все те обстоятельства, что являются обычными (естественными) и служат только условием следствия, но не его непосредственной детерминантой. Поэтому, критерий сепарации случайных, смешанных и любых потестативных условий не совпадает с критерием деления потестации на простую и чистую: в первом случае речь идёт именно о необходимой причинности (но *не* условиях реализации) обстоятельства-следствия: во втором случае мы говорим о *степени объективной определённости* условия. Касательно последнего, дополнительно поясним. Очевидно, что лицо, пожелавшее быть окончательно связанным условной сделкой, обычно руководствуется соображениями, вызванными произошедшим в недавнем. Иными словами, причины создания обязательства, условленного по модели чистой потестации, может состоять всё в том же переезде в другой город (как и в случае просто-потестативного обязательства). Однако, при чисто-потестативном обязательстве причина сознательно скрывается: причиной тут называется просто пожелание, отсечённое (редуцированное) от причины хозяйственной. Применительно же к просто-потестативному обязательству хозяйственная причина выражается наиболее подробно.²

Только с учётом вышеизложенного возможно понять мотивы воспрещения чисто-потестативных условий. Так, сама условная сделка, очевидно, не содержит воли на непосредственную правовую пертурбацию. Условная сделка выполняет функцию своего рода заверения о том, что при условленных обстоятельствах, воля на правовую пертурбацию наличествовала бы несомненно. Законодатель не требует изъявления такой чистой воли в последующем. Основанием перемены правовой среды признаётся уже не волеизъявление, но (не)наступление обстоятельства. Из последнего следует,

¹ См. подробнее: Eldredge L. Culpable Intervention as Superseding Cause // University of Pennsylvania Law Review and American Law Register. 1937. P. 135.

² Виндшейд Б. Указ. соч. С. 225 – 226.

что условные правоотношения по механике своего развития тождественны правоотношениям, возникающим *ipso jure*.

Недопустимость чисто-потестативного условия зиждиться лишь на одном догматическом аргументе¹: чисто-потестативное условие не вписывается в саму механику условности, поскольку, указывая на обстоятельство-основание правовой пертурбации, всегда называет таким непосредственное волеизъявление; иными словами, функция основания правовой пертурбации не переносится на стороннее обстоятельство с непосредственного волеизъявления.² Ввиду неправильной выработки аргументов, множество авторов остановились либо на недопустимости чисто-потестативных условий зависящих только от должника³, либо на воспрещении любых условий, зависящих от воли той или иной стороны (потестативности как чистой, так и простой)⁴. И только некоторые авторы (хотя и с использованием ошибочных аргументов или вообще в отсутствии аргументации) выступили против чисто-потестативных условий вне зависимости от статуса персоны.⁵ Видимо только Б. Виндшейд пришёл к правильному выводу в результате последовательной аргументации.⁶ При этом, необходимо понимать, что правоотношения поставленные «в зависимость» от чисто-потестативного условия вполне законны и правовая пертурбация без сомнений возникнет; потому, наличие или отсутствие в позитивном праве воспрещений чисто-потестативных условий вообще или же зависимых только от одной из сторон, не имеет значения. Как верно показали Г. Дернбург⁷ и Б.

¹ Когда речь идёт о чисто-потестативном условии, то против него обычно выдвигают два аргумента: во-первых, незащищённость интересов стороны, находящейся в полном произволе другой (от которой зависит осуществление условия) (Coninck J. Parsimony in Contract Law. The Case of the Potestative Condition. 1981. P. 858); во-вторых, априорная невозможность существования обязательства, которое должник может не исполнять (Гамбаров Ю.С. Указ. соч. С. 764 – 764; Победоносцев К.П. Указ. соч. С. 13 – 14; Морандьер Л.Ж. Указ соч. С. 615). Оба эти аргумента бьют мимо цели, поскольку они с той же убедительностью применимы по отношению к вообще любой условной сделке.

² Схожие мысли были так или иначе выражены: Мейер Д.И. Указ. соч. С. 149, 297 – 298.

³ Победоносцев К.П. Указ. соч. С. 7 – 8; Унгер, Бринц и Регельсберг (Дернбург Г. Указ. соч. С. 297). Таков и официальный подход французского права – см. ст. 1174 ФГК.

⁴ Брагинский М.И. Сделки: понятия, виды и формы (комментарии к новому ГК РФ). М., 1995. С. 50; Гонгало Б.М. Учение об обеспечении обязательств. М., 2002. С. 51.

⁵ Мейер Д.И. Там же. С. 149; Гамбаров Ю.С. Там же. С. 779 – 780.

⁶ Виндшейд Б. Указ. соч. С. 223.

⁷ Дернбург Г. Там же. С. 298.

Виндшейд¹ «условная» сделка чисто-потестативного типа квалифицируется в оферту, а разрешение чисто-потестативного условия будет представлять акцепт.

Таким образом, потестативное условие не способно создать алеаторную сделку. Поскольку договор об отчуждении права на получение патента имеет рискованный характер ввиду диспозитивного условия, но не специального указания сторон (в порядке реализации свободы договора), то его модель условности в любом случае не может быть чисто-потестативной. Поэтому, вопрос состоит в том, относится ли отсутствие права к случайному, смешанному или просто-потестативному условию. Так как критерий делимитации указанных видов состоит в степени значения действий стороны сделки (отчуждателя), то потенциально возможны все эти три вида при условии, что отчуждатель не знал и не должен был знать, что предпринимаемые им действия могут привести к утрате права на получение патента.² При этом, наименее вероятно, что когда утрата права полностью зависит от действий отчуждателя (просто-потестативное условие), он может не знать или не должен знать о таких последствиях. В меньшей степени, но всё же актуально, это и для случаев смешанного условия. Таким образом, наиболее распространённым представляется утрата права на получение патента ввиду событий или действий третьих лиц, но не самого отчуждателя (случайное условие).

Далее мы должны исследовать проблему соотношения изначально квалифицируемой возмездности и условности встречного исполнения одной из обязанностей.

¹ Виндшейд Б. Указ. соч. С. 223, 225 – 226.

² При наличии знания или при долженствовании знания, отчуждатель признаётся недобросовестным. Указанный случай не входит в предмет настоящего исследования.

1.3. Кауза алеаторной сделки

Так, римское право не смогло достичь того уровня развития каузального учения, с которым сегодня возможно иметь дело.¹ Продолжительное господство формы над сущностью контракта,² не давало почвы к развитию каузальной теории.³ Как и почти всегда, причины этого крылись в отсутствии потребностей участников оборота. Возникновение необходимости в большем пространстве хозяйственного творения, а следом, свободы в формах его правового опосредования привели к возникновению контракта типа *consensus*.⁴ При этом, сами по себе, начала каузальной теории имеют своей основной рефлексией конструкции реального договора. Реальный договор вырос из обычной передачи имущества, возврат которого происходил средствами *condictio indebiti*; условия реального договора служили поводом к возражению о преждевременности предъявления иска из неосновательного обогащения.⁵ В этой конструкции ещё пока смутно проявляется идея о том, что исполнение долга связано не с символом, сотворённым сторонами и служащим единственной причиной к предоставлению, но с волей исполнить ввиду осуществления другой воли (воли предоставления), всё же ещё скрытой,

¹ В первую очередь необходимо оговориться, что далее мы будем касаться лишь каузы как центральной категории учения об основании договора (обязательства), но не каузы в её иных исторически сложившихся значениях (подробнее см.: Кривцов А.С. Абстрактные и материальные обязательства в римском и современном гражданском праве. <https://civil.consultant.ru/elib/books/5/>. Дата обращения: 14.03.2020).

² Муромцев С. А. Указ. соч. С 140 – 143; Эннексерус Л. Указ соч. С. 189. Выражается в признании юридической силы за совершением обряда в безразличии к действительному положению хозяйственных дел, интересов, волений, идёт ли речь о *nexum* средствами *per aes et libram*, *stipulatio* с её скудным выпрашиванием, либо вербальном и литеральном контрактами с заданной формулой – все суть *contractibus negotia stricti iuris* (Новицкий И.Б. Римское право. С. 123 – 125).

³ Следует быть осторожным с интерпретацией тезиса древнеримского юриста Педия о том, что соглашение (видимо, как результат совпадения воли, то есть, в современном понимании) есть необходимый элемент всякого договора и что даже *стипуляция* без соглашения ничтожна. См.: Нечаев В.М. Теория договора. М., 1888. С. 261. Время акцепта этой позиции Ульпианом есть время, когда *jus praetorium* допустило *exceptio doli* в стипуляции, то есть, когда господство формы уже было утрачено. Состояние стипуляции в комментируемом участке – время до появления *contractibus bonae fidei*.

⁴ Кривцов А.С. Указ. соч. С. 13.

⁵ Там же. Аналогичного мнения В. М. Нечаев (Нечаев В.М. Там же. С. 257). Примечательно, что из этой косвенной связи каузы и исторической предпосылки возникновения конструкции реального договора (неосновательное обогащение) Либе выстроил самостоятельную теорию каузы: правовую защиту заслуживает не любое принятие обязательства, но то, что было вызвано фактическим изменением. Иными словами, что для возникновения обязательства всегда требуется передача имущества (суть реальная сделка). Причём, юридическая сила консенсуального договора и стипуляции объяснялась автором через фикцию. Очевидная «натянутасть» вывода при этом оправдана тем, что Либе пытался доказать «неприступность» формализма римского права, оттеняя первые зачатки самостоятельного значения воли всё тем же внешним акторством (передачей имущества) (Там же. С. 245 – 246).

но проглядывающей из-за своего рода тотема внешнего проявления действий.¹ Постепенное увеличение практики консенсуальной модели² привело к необходимости разрешить важный вопрос – обязано ли лицо только в силу заявления (как в стипуляции) или потому, что другое лицо обязалось в ответ.³ Решение римской юриспруденции было дано через преобразование идеи условности: лицо обязано потому, что обязано другое, поскольку так было условлено.⁴ На этом мысль римских юристов остановилась.

Дальнейшее развитие учения о каузе следует связывать с именем проф. Дома. С этого момента во французской ветви учения о каузе обрывается какая-бы то ни была связь с условностью. Так, условие, как в первую очередь техническая конструкция, не совпадало с естественной идеей свободного обмен обещаниями двух лиц, что было провозглашено существом договорного обязательства (во многом, благодаря постепенному укреплению на тот момент оппозиционной политической идеологии ограничения власти разумом, источником естественного права). Поскольку воля, как движущая сила договора, представляла из себя органическое единство, то принятие на себя обязательства по причине принятия обязательства другим лицом рассматривалось как само основание обязательства (ведь обязательство это и есть воления при известных дополнениях).⁵ Иными словами, в некоторой степени, именно идеи французской революции создали понятие каузы как основания обязательства (договора).

Ж. Дома первый проводит начальную классификацию кауз, которая ляжет в основу поздних учебных курсов Е. Годэмэ и Л. Морандьера.⁶ Так, в синаллагматическом договоре кауза обязанности одного состоит в

¹ Сходно об этих процессах писал Гнейст (Нечаев В.М. Указ. соч. С. 249).

² Консенсуальный контракт, сложный в виду нормативных пробелов регулирования, первоначально использовался крайне редко, ведь всегда мог быть заменён простой, а главное более привычной, стипуляцией (Кривцов А.С. Указ. соч. С. 13).

³ В поздние времена вопрос обычно имел формулировку – «почему должник обязан» (Годэмэ Е. Указ. соч. С. 119) или «какова цель для достижения которой должник связывает себя обязательством» (Морандьер Л.Ж. Указ. соч. С. 264, 273).

⁴ Кривцов А.С. Там же. С. 13.

⁵ Аналогичная динамика мысли прослеживается и в немецком направлении. О каузе как воле в теории Гнейста см.: Нечаев В.М. Там же. С. 248.

⁶ Агарков М.М. Указ. соч. С. 76.

обязанности другого и наоборот; в реальных договорах кауза обязательства покоится в акте натурального предоставления; а в дарственной сделке основанием выступает щедрость.¹

Следом, Р. Ж. Потье нивелирует разницу реальных и консенсуальных договор применительно к каузе, заключая, что есть договоры благотворительные (дарение) и с прочими интересами.² Аналогичную операцию в немецком направлении каузальной теории предпринимает проф. Шлосман.³

Должно быть очевидно, что когда под каузой понимается определённое содержание воли (намерен быть должником потому, что вы будете должником), то в конечном счёте возникает вопрос о релевантном праву пределе такого содержания (намерен быть должником потому, что вы будете должником, который, например: а) предоставит вещь нужного качества; б) осуществит предоставление в срок и т.п.). В определённый момент, в содержание этой цепочки могут попасть соображения такого рода как намерен быть должником потому, что «приобретаемая мной вещь, когда ни будь, пригодится...». В юридической науке это явление известно как проблема значения мотива в сделке. Указанная трудность даже стала одним из аргументов «противокаузальной теории» проф. Эрнста.⁴ Теоретики каузы, частично оперившись на материалы римского права, откликнулись доктриной «непосредственности цели»: непосредственность или наибольшая приближённость цели была принята в качестве критерия для различения мотива совершения сделки (*causae remotae*) от каузы основания (*causa proxima*).⁵ Дальше этого французское направление не продвинулось, переключив своё внимание на классификации случаев отпадения каузы.

¹ Годэме Е. Указ. соч. С. 128.

² Там же. С. 129.

³ Кривцов А.С. Указ. соч. С. 13 – 15.

⁴ Годэме Е. Там же. С. 120 – 121.

⁵ Там же. С. 120. Сегодня этой доктрины придерживаются в частности: Хвостов В.М. Указ. соч. С. 103 – 106. При этом, настаивая на употреблении вместо термина «цель» – «объективный результат» в противовес «субъективным целям» (мотивам); Победоносцев. К.П. Указ. соч. С. 42.; Эннекперус Л. Указ. соч. С. 198.

Ошибочность абстрактной декларации противопоставления «основания» и мотива была явлена в дискуссии профессоров Виндшейда и Ленеля. Б. Виндшейд, будучи автором волевой теории субъективных прав, очевидно рассматривал каузу в психическом аспекте. Отказ от французского предиката «основание» позволил ему приблизиться к сущности каузы.¹ Последняя суть ограничение воли, явление родовое с обычным условием в условной сделке.² Отсюда следует, что содержание воли и мотив не следует противопоставлять, как это пытались сделать французские цивилисты. В действительности, мотивы суть течение содержания воли, которое нуждается в ограничении.

Несмотря на это достижение, психологизированность аналитики Б. Виндшейда не позволила ему отстраниться от понимания договора как простого совпадения воли (французская модель). В связи с этим, далее, профессор совершил ту же методологическую ошибку, что и французские теоретики. Он посчитал, что кауза, теперь уже как ограничитель мотивов (течения воли), является константой, то есть, а priori, возможно установить содержание каузы в каждой конкретной сделке. Профессор Ленель обратился со следующей критикой. Так, существуют заданные объективным правом рамки границ волеия, образующие содержание, релевантное для возникновения обязательств. Причём границы эти совершенно различны.³ Действительно, вне зависимости от артикуляции условия и даже самой мысли, например, об эвикции, конструкция договора купли-продажи всегда предполагает, что воля покупателя была направлена на приобретение

¹ Это не значит, что кауза перестала рассматриваться как основание правовых отношений; комментируемая операция лишь позволила найти иное, более полное определение термину.

² Также употребляет термин «предположение» («voraussetzung») (Виндшейд Б. Указ. соч. С. 237).

³ Эту позицию всецело разделяет: Нечаев В.М. Указ. соч. С. 257; Дербург Г. Указ. соч. С. 258; Агарков М.М. Указ. соч. С. 79 – 81 (в контексте классовой борьбы; но не защиты частных интересов); Эннекперус Л. Указ. соч. С. 198 (пишет как о мотиве); Гамбаров Ю.С. Указ. соч. С. 708. Однако, следует иметь в виду, что «диктат» объективного права в интересах участников оборота может происходить не только путём вменения несуществующей воли (через императивные и диспозитивные нормы, дополняющие условия договора) или её редукции (крайним проявлением которой выступает конструкция абстрактной сделки), но и иными средствами. В частности, для англо-американского права свойственно налагать дополнительные требования к форме безвозмездных сделок (иногда, даже воспрещать их, но не по мотиву притворности). См. подробнее: Gordley J. Foundations of Private Law. Property, Tort, Contract, Unjust Enrichment. 2006. P. 353.

имущества свободного от притязаний третьих лиц.¹ Займ, поскольку не было оговорено иного, будет беспроцентным. И только если, реализуя принцип свободы договора, стороны прямо выразят некоторое условие, оно будет оказывать влияние на содержание соответствующих правоотношений, но и только в том случае, если закон это допускает.² Пока, достаточно заметить следующее.

Во-первых, исследование каузальности естественно складывалось вокруг наиболее распространённых казусов (купли-продажи, дарения и т.п.). Во-вторых, ни один автор не проводит различия между каузальностью предоставления во исполнении обязательств и каузальностью предоставления самой связанности обязательствам. Ясно, причина этого в том, что, например, при той же купле-продаже принятие обязательства оплатить обусловлено принятием обязательства передать вещь в том смысле, что само предоставление платы обусловлено предоставлением вещи (оба предоставления осуществляется во исполнении обязательств, когда обусловленность исполнения импринтирует обусловленность обязательства).

Представим себе, что алеаторная сделка строится по модели отменительного условия (чтобы обязательства возникали одновременно). Так, например, в страховании предоставление суммы страховой премии не обусловлено предоставлением суммы страховой выплаты; предоставление суммы страховой выплаты обусловлено предоставлением суммы страховой премии, но также и наступлением страхового случая. Однако, принятие страхователем обязанности по выплате страховой премии бесспорно обусловлено принятием страховщиком обязанности по выплате страховой суммы. Такой договор очевидно является возмездным. Но, представим, что страховщик в порядке акции выдал страховой полис бесплатно. Также очевидно, что такой договор является безвозмездным. Такой договор без труда квалифицируется в качестве дарения, хотя, безусловно, сам смысл отношений

¹ Для англо-американского права см.: Anson W. Law of Contract. 1979. P. 105 and so on.

² Кривцов А.С. Указ. соч. С. 16 – 17.

страхования не имеет никакого отношения к дарению.¹ Из этого следует то, что существует две самостоятельные плоскости для поиска каузы: первая – обязательственная; вторая – исполнительская.²

Но теперь представим, что алеаторная сделка действует по модели отлагательного условия. На первый взгляд, проблема возникает в том, что мы не можем обнаружить встречного предоставления на обязательственной плоскости. Например, в страховании обязанность по выплате страховой премии не может быть обусловлена обязанностью выплатить страховую сумму при наступлении страхового случая поскольку до его наступления такой обязанности ещё не возникло.

Ранее мы упоминали о том, что в англо-саксонской правовой традиции встречное предоставление строится именно по модели отлагательного условия. При этом, доктрина встречного предоставления точно так же допускает считать самим этим встречным предоставлением обмен *promise* (что обычно переводится как обязательство).³ Каким образом возможно

¹ Это явление известно в форме «дарение в узком и в широком смыслах». Подробнее см.: Барон Ю. Указ. соч. С. 204.

² Деление каузы по этому принципу не в связи с алеаторностью, по-видимому, впервые предложил Бэр: «договор, как и передача собственности, могут быть или сами себе целью, то есть, сделаны ради дарения, или предназначены достигать целей, вне самого договора и передачи лежащих». Автор имеет в виду, что как принятие обязательства («договор»), так и фактическое предоставление («передача собственности») могут самостоятельно обуславливаться тем же («достигать целей, вне самого договора и передачи» – читай – «вне самого обязательства и фактического предоставления»), либо не обуславливаться («дарение»). О возможности несоответствия обусловленности при принятии обязательств и обусловленности фактического предоставления (что имеет место в алеаторных сделках) не говорится (Нечаев В.М. Указ. соч. С. 250). Схожее положение см.: Агарков М.М. Указ. соч. С. 74. Вопрос деления последней на (а) каузу достижения определённого результата и (б) каузу совершения определённых действий, поставленный первоначально П. Эртманном, затем, поддержанный А. Мазо для наших целей не имеет значения (Агарков М.М. Указ. соч. С. 75 – 77). Аналогично для пари. Предоставление суммы выигрыша каждой из сторон не обусловлено встречным предоставлением аналогичной суммы, но наступлением условия – выигрыша. Однако, предоставление обязательства выплатить сумму при наступлении определённого обстоятельства первым, бесспорно обусловлено предоставлением обязательства сделать тоже вторым (двухстороннее пари). Каждый заинтересован в выигрыше и не намерен что называется играть в «холостую» (без возможности обогатиться в результате собственного выигрыша). Поскольку тут встречное предоставление обязательства существенно, договор является возмездным. И очевидно, что при одностороннем пари, когда лицо предоставляет обязательство выплатить суммы при наступлении условия, мы имеем дело с безвозмездной сделкой. Такую сделку можно назвать даром в том смысле, что обязательственное право предоставляется безвозмездно, но никак нельзя считать даром при рассмотрении аспекта исполнения – обогащение лица имеет своей причиной не волю одарить, но волю вознаградить за победу в споре.

³ Подробнее см.: Anson W. Ibid. P. 66 – 78. Необходимо заметить, что, исторически, категория *consideration* в английском праве касалась только реальных договоров, которые, так же, как и в римском праве, изначально представляли из себя отношения неосновательного обогащения с приостановлением истребования по воле самих сторон. Имея в виду это обстоятельство, становится понятна причина отлагательного, а не отменительного характера, возникающего обязательства: обязанность возратить неосновательное обогащение возникает после получения такого обогащения. Однако, в отличие от континентальных

единовременное обусловленное предоставление обязательств, одно из которых ещё не возникло? Нестандартный ответ в сравнении с наиболее распространёнными теориями дают профессора Барнет и Бенсон¹. Так, при заключении обязательственного договора происходит обмен особыми объектами. Каждая из сторон обладая собственной правоспособностью (*условно – Г.Д.*) как бы отрывает от неё частичку и передаёт другой стороне, в результате чего, возникает правовая связанность.²

Наконец, и применительно к господствующим теориям, разумно поставить вопрос о точности перевода «promise» как уже существующего обязательственного правоотношения. Так, указанный термин вполне допустимо понимать и как юридически значимое обещание, родовое понятие для оферты и акцепта – как акт волеизъявления. Возможен ли обусловленный обмен чем-то, что не является обязательством (то есть, не тем, что при расщеплении, становится субъективным правом – имуществом как объектом гражданских прав (что необходимо для квалификации такого обмена как возмездной сделки))? Безусловно возможен. Как было указано выше, в рамках специально-юридического подхода благом (обмен которого допускает квалификацию операции как возмездной) признаётся всё то, что имеет потребительную стоимость. Если потребительная стоимость объективирует полезные свойства, то совершенно очевидно, что в отсутствии практической разницы между моделью отменительного и отлагательного обязательства, состояние только ещё правовой связанности (эвентуальности возникновения обязательства (следовательно, и субъективного права как блага)) также следует квалифицировать в качестве блага.³ Собственно благо это и есть та

правопорядков, перенесение consideration на консенсуальную модель договора не привело к пересмотру момента возникновения обязательств, временной условный параллакс был сохранён. См.: Нечаев В.М. Указ. соч. С. 257.

¹ Benson P. The Unity of Contract Law in The Theory of Contract Law: New Essays. 2001. P. 142 – 143. Оба ученых при этом именуют такой объект «right» (что обычно переводиться как субъективное право); однако в представленном контексте данный термин очевидно недоступен в правильном понимании континентальной правовой традиции.

² Сходная мысль содержится у Гнейста, когда вместо «правоспособности» речь идёт о «сфере чужой свободной воли». См.: Нечаев. В.М. Там же. С. 249.

³ Предоставление взаимных обещаний (юр. связанностей) рассматривается именно как обмен *благами* (букв. – «something of value») ещё со времён О. Холмса. См.: Holms O. The common law, Boston. 1881 Vol. VII – VIII.

самая «надежда», приобретаема в *emptio spei* по Помпонию. Тогда, предоставление одной правовой связанности обусловленное предоставлением другой правовой связанности (как при двухстороннем пари) или предоставление правовой связанности, обусловленное предоставлением обязанности (как при страховании) вполне может квалифицироваться в качестве возмездной сделки. Предоставление правовой связанности в отсутствии взаимности с необходимостью должно рассматриваться в качестве безвозмездной сделки.¹ Из вышеизложенного надлежат следующие выводы.

Во-первых, следует различать место имплементации условия в структуру сделки. 1. Когда обстоятельство обуславливает весь состав сделки – постановка такого условия не приводит к изменяю природы отношений. Воля обусловлена в целом. 2. Когда обстоятельство обуславливает часть состава сделки – речь идёт о каузе как условном волении. В данном случае, условие составляет само содержание воли. Далее, такое условие может (а) располагаться в отношении обещания и тогда речь идёт о делении договоров на возмездные (где условие есть) и безвозмездные (где условия нет); но может (б) располагаться внутри обещания в отношении момента фактического предоставления (исполнение обещания) или возникновения обязательства – соответственно по модели отменительного условия или отлагательного условия. В случае «б» речь может идти не о (без)возмездности, но только более подробной характеристике отношения, как то купля-продажа, мена, займ, аренда, дарение (в узком смысле слова) и т.п.² Именно в случае «б» находит

¹ Более того, указанное обстоятельство нисколько не противоречит общепринятой теории дара. Как известно, последняя строится на двух посылах Никомаховой этики Аристотеля: а) каждый участник обмена даёт эквивалент полученного им – составляет разумную добродетель; б) щедрость же является добродетелью нравственной. Фома Аквинский в Сумме теологии соединяет эти две посылки создавая универсальную формулу, применимую ко всем без исключения формам и видам предоставления: если один даёт что-то другому, то это либо требует эквивалента, либо есть щедрость. Однако, Гуго Гроций и Самюэль Пуфендорф, наложили эту формулу на те римские контракты, что были известны их времени, то есть, обычные отношения обмена и дарения, но не рискованные сделки (Gordley J. Ibid. P. 352). Именно с этим связано укоренение постановки вопроса (без)возмездности исключительно в применении к дарственным и меновым сделкам, но не алеаторным. Должно быть понятно, что, имея перед собой всё многообразие отношений, применение формулы Аквината привело бы профессоров к аналогичному с нами суждению.

² На недопустимость господства только трёх древнеримских кауз *credendi*, *solvendi* и *donandi* указывал в частности: Гримм Д.Д. Указ. соч. С.103 – 106. Иной позиции придерживаются в частности: Хвостов В.М. Указ. соч. С. 171; Дернбург Г. Указ. соч. С. 259; Агарков М.М. Указ соч. С. 74; Гамбаров Ю.С. Указ. соч. С. 708.

себе место классификация договоров на рисковые и безрисковые; критерием тут выступает тип условленного обстоятельства: либо это встречное предоставление (не рисковые сделки), либо это иное обстоятельство (рисковые сделки). Важно иметь ввиду, что также как и проф. Бэр некоторое подобие этой классификации пытался провести и Б. Виндшейд, отмечая что условием-каузой может быть не только встречное предоставление но и иное обстоятельство, в том числе – событие.¹ Схожие стремления можно обнаружить и у проф. Дернбурга.²

Во-вторых, теперь должно быть понятно, что категория условности вполне подходит для объяснения структуры алеаторной сделки. Факт того, что условность может иметь разные точки преломления, позволяет с одной стороны избежать распространения характеристики «возмездность» на все алеаторные сделки (Потье), с другой же стороны, провести квалификацию сделки до и помимо разрешения условия.

Поскольку договор об отчуждении права на получение патента при сохранении диспозитивного условия о возложении риска непатентоспособности на приобретателя по своей конструкции идентичен древнеримской *emptio spei*, то в завершении следует коснуться одной мысли Н. Б. Щербакова. Так, автор полагает что в *emptio spei* речь должна идти о известной цивилистической категории – распределении бремени риска, но только не гибели, а невозникновения вещи.³ Действительно, это так; такой вывод с необходимостью следует из, а может быть даже является причиной, теории распределения риска, призванной соответствующим образом объяснить алеаторный характер некоторых сделок. Так, Л. Ж. Морандьер, ещё век назад показал, что кауза (в том числе алеаторного типа) имеет непосредственное значение для теории риска и расторжения договора.⁴ Заметим, что в работах А. Мазо и П. Эсмена, у каждого в разной степени, дело

¹ Виндшейд Б. Указ. соч. С. 239.

² Дернбург Г. Указ. соч. С. 258.

³ Щербаков Н.Б. Указ. соч. С. 21 – 23.

⁴ Морандьер Л.Ж. Указ соч. С. 615 и до конца пар.

дошло до расширения категории «кауза» с только плоскости договорных отношений до в том числе и плоскости деликтного права: та или иная разновидность каузальности стала рассматриваться в качестве одного из оснований ответственности.¹ Однако, не умоляя ценности этого безусловно важного вывода, следует заметить, что он никак не противоречит условному характеру конструкции алеаторной сделки (при понимании условности выше представленным образом).

Таким образом, ввиду обычного условия о возложении риска непатентоспособности на приобретателя договор об отчуждении права на получение патента является возмездной алеаторной сделкой.

Возмездность договора состоит в том, что приобретатель обязуется уплатить денежную сумму не потому, что отчуждатель обязуется передать право на получение патента, но потому, что отчуждатель выражает волю на заключения договора, чем создаёт юридическую связь себя и приобретателя (ожидание разрешения отлагательного условия – наличия права на получение патента). Такая юридическая связь, ещё не составляющая обязанности, является только в перспективе обязанностью (при условии наличия права на получение патента к моменту отчуждения), всё же составляет встречное предоставление по отношению к обязанности приобретателя именно по тому, что она может привести к возникновению обязанности.

Алеаторный характер договора об отчуждении права на получение патента состоит в том, что исполнение обязанности по оплате приобретателем не обусловлено исполнением обязанности отчуждателя по передаче права. Разрыв синаллагматической связи в части встречного предоставления составляет риск приобретателя в виде безусловной выплаты денежных средств при неполучении права на получение патента.

Далее мы проанализируем, соответствует ли такое диспозитивное условие о риске интересам участников оборота интеллектуальных прав.

¹ Агарков М.М. Указ. соч. С. 78.

§ 2. ДОГОВОР ОБ ОТЧУЖДЕНИИ ПРАВ НА ПОЛУЧЕНИЕ ПАТЕНТА В РАЗЛИЧНЫХ АСПЕКТАХ ТЕОРИИ ДОГОВОРНОГО ПРАВА

По замечанию проф. Смита теория договорного права призвана ответить на два основополагающих вопроса: (а) почему существует договорное право и (б) что представляет из себя договор и договорное обязательство. Первый элемент теории предложено обозначать в качестве нормативной части или нормативной теорией, второй – теорией аналитической.¹ Как представляется, именно в таком порядке следует рассматривать проблему алеаторного характера договора об отчуждении права на получение патента.

2.1. Нормативная теория

Не требует пояснений, что причина существования договорного права должна лежать в общественной потребности. По замечанию С. Смита обнаружением потребностей участников оборота в регулировании динамики правоотношений занимаются представители утилитарных договорных теорий.² В общем виде, все эти теории покоятся на идее о том, что договорное право призвано способствовать приумножению благосостояния (пользы) отдельных индивидов, а косвенно и с необходимостью, всего общества.³

В рамках экономического учения существует два принципиально разных подхода к определению пользы. Каждый из подходов известен по именам своих авторов: теория эффективности Калдора-Хикса и теория Парето

¹ Smith S. Ibid. P. 42 – 43.

² Ibid. P. 106 – 108.

³ Причём, благосостояние не следует связывать исключительно с имущественной сферой, но с любой областью, которая в конечном итоге позволяет квантифицировать результаты положительного воздействия права (как-то: упрочение социальных отношений (взаимное доверие участников оборота), развитие личной автономии и т.п.). Далее, благосостояние необходимо понимать как *полезный* результат. Полезность же определяется как превышение дохода над расходами. При этом, отмечается, что полезность для отдельных индивидов достигается путём государственного вмешательства в конкретное отношение через инструменты перераспределения благ двух видов: первый инструмент суть перераспределение благ в натуре известный как понуждение к исполнению обязательства в натуре; второй вид – перераспределение универсального эквивалента натуре – денежных средств в виде возмещения убытков, неустойка и т.п. Напротив, полезность для общества не предполагает никаких дополнительных мероприятий, основывается только на конкретных вмешательствах государства и образуется из двух слагаемых: с одной стороны это экономический принцип индицирования, постулирующий, что увеличение благосостояния одного, влечёт пропорциональное увеличение блага всех и каждого; с другой стороны – за счёт функции стимулирования прочих участников оборота на эффективное поведение в будущем, то есть, поведение приводящее к умножению пользы в отсутствии стороннего вмешательства (по доброй воле без государственного принуждения) (Ibid).

эффективности. В соответствии с первой теорией, эффективность наличествует тогда, когда выгоды одного субъекта превышают убытки любого другого.¹ Напротив, формула Парето свидетельствует об эффективности в случае, если положение одного лица улучшается, но положение прочих не изменяется.² По признанию большинства, эффективность договорного права базируется именно на принципе Парето.³ В первую очередь это связано с принципов волюнтарности обмена: если лица добровольно передают друг другу блага, то по общему правилу это выгодно каждому из них, следовательно, является эффективным, то есть, полезным.⁴

Кроме того, существует ещё одно преимущество метода Парето: эффективность Калдора-Хикса требует исследований на предмет определения точного размера убытков, понесённых прочими в результате обогащения одного (в противном случае, сопоставление и измерения невозможны, что парализует применение этой методики). Затруднительность проведения соответствующей аналитики очевидна.⁵

Однако, как именно договорное право обеспечивает эффективность и полезность, если за переход имущества от одного лица к другому всё же отвечают нормы об основаниях возникновения и прекращения вещных прав и положения о цессии?⁶

¹ Smith S. Ibid. P. 110.

² Ibid.

³ Ibid. P. 111.

⁴ Очевидно, что если операция не является взаимной по воле её участников (дарение), то передача блага всё же остаётся эффективной: хотя в этой ситуации одно лицо обогащается за счёт другого ввиду наличной трансляции имущества (один имеет доход, но другой расход). Из Никомаховой Этики Аристотеля нам уже известно, что даритель также получает выгоду но в нематериальной форме (как представляется, умножение нравственной добродетели вполне квантифицируемо); равноценность обмена материального блага (предмета дара) на благо нематериальное (умножение нравственной добродетели) презюмируется по той же причине, по какой презюмируется равноценность взаимного обмена – участникам каждой конкретной операции лучше известна ценность передаваемых благ (поэтому, дарение, хотя и с известной долей условности, может быть также названо обменом) (Gordley J. Ibid. P. 352.). Нравственная добродетель, строго говоря, не передаётся одаряемым дарителю, но возникает независимо от сторон ввиду психических особенностей людей. Однако, это не значит, что одаряемый не имеет значения в этой операции: в его отсутствии, то есть, когда акт дарения не состоялся, внешнего фактора – побудительной причины психических переживаний дарителя – не будет, значит, благо не возникнет.

⁵ Smith S. Ibid. P. 111 – 112.

⁶ О постановке вопроса см: Ibid. P. 112.

По распространённому мнению,¹ договорное право призвано обеспечить эффективный обмен на случай, когда одновременная передача благ невозможна, то есть, при так называемом дискретном обмене. Иными словами, эта мысль вырежется так, что договорное право призвано обеспечить реализацию того, на что была направлена воля сторон, а именно – взаимное умножение благосостояния.

Как верно замечает проф. Смит, для достижения вышеозначенной цели договорное право в первую очередь призвано заполнить пробелы в регулировании отношений сторон.² Автор правильно указывает, что достижение эффективности возможно только в том случае, если диспозитивные нормы, сами по себе, устанавливают эффективные решения.³ Так, если верно, что стороны по общему правилу во всём и всегда стремятся к эффективному результату, то восполнение пробелов должно ориентироваться на то, что стороны скорее всего включили бы в договор.⁴

Безусловно, следует учитывать и возражения Р. Эликсона.⁵ Участники оборота далеко не всегда исполняют наиболее рациональную поведенческую модель.⁶ Однако, для наших целей, это замечание не является критичным. Из того факта, что стороны могут действовать иррационально не может следовать вывод о возможности включения иррациональных положений в

¹ См. к прим.: Macaulay S. Non-contractual relations in business: A preliminary study // American Sociological Review. 1963. P. 55 – 67.

² Smith S. Ibid. P. 113. Однако, мы не можем согласиться с автором в том, что диспозитивные нормы лишь снижают издержки сторон (экономят время и иные ресурсы на разработку условий договора) (Ibid. P. 113). В этом вопросе мы поддерживаем проф. Гамбаров: действительно, гражданскому праву присущ психологический феномен конденсирования; диспозитивные нормы призваны выразить обычные условия, то есть, условия встречающиеся чаще всего в обороте; исторически, последовательность выглядит как переход акцидентальных условий (в период незрелости оборота) в условия естественные (при развитом обороте), часть из которых по признанию законодателя становятся существенными (образуют императивные нормы) (Гамбаров Ю.С. Указ. соч. С. 705). Как видно, этот процесс не хаотичен, но он также не настолько сознателен, чтобы выступать непосредственной причинностью.

³ Smith S. Ibid. P. 114.

⁴ На это указывает и Морандьер Л.Ж. Указ. соч. С. 203. В этом смысле, верно, что договорное право способствует приумножению благ уже хотя бы потому, что участники оборота, будучи уверенными в эффективности правового регулирования, то есть, имея основания полагаться на закон, будут чаще совершать обмен (снижение рисков как фактор стимулирования гражданского оборота) (Smith S. Ibid. P. 114 – 115).

⁵ Ellickson R. Bringing culture and human frailty to rational actors Chicago. 1989. P. 50 and so on.

⁶ На рубеже последних веков по этому поводу предпринимаются регулярные эксперименты, в целом показавшие значительную долю иррационального выбора (см. выводы: Tversky A., Kahneman D. Rational Choice and the Framing of Decisions // The Journal of Business. Vol. 59. № 4. Part 2. The Behavioral Foundations of Economic Theory. 1986. P. 251 – 278).

диспозитивные нормы. В наиболее острой формулировке эта мысль была выражена одним из первых теоретиков утилитарной теории права. Так проф. Бентам полагает что категория «субъективные права» есть «чушь на ходулях» (букв. «nonsense upon stilts»), что выражение «Y имеет право на X» на самом деле означает, что «X должно осуществиться потому, что для этого есть надлежащие утилитарные причины» (good utilitarian grounds).¹

Отсюда должно быть очевидно, что при законотворчестве в качестве одного из нормообразующим факторов всё же должны выступать разумные ожидания среднего участника обмена соответствующего рода. Должно быть понятно и то, что законодатель или судья не могут проводить отдельные исследования на предмет выяснения границ разумности тех или иных ожиданий. В этом вопросе мы вынуждены положиться на их, безусловно, субъективное усмотрение.² Следовательно, в наших силах поставить себя на место законодателя или судьи с тем, что бы проанализировать: является ли возложение риска непатентоспособности на приобретателя (диспозитивное условие) соответствующим разумным ожиданиям среднего участника оборота?

Первое что необходимо учитывать – то, что право на получение патента, вне зависимости от указанного нами в предыдущей главе, есть относительное имущественное право. Следовательно, это одна из разновидностей современного (капиталистического) товара. При этом, нельзя не заметить его отличий от классического права-требования или вещи (вещного права). Так, право-требования, и даже в современном бытовом представлении, никогда не

¹ Популярное среди американских и английских теоретиков метафора «не увидеть лес за деревьями» наиболее точно описывает значение и роль утилитарного подхода к праву. Перед каждым отдельным правовым порядком в области частной свободы, автономии и кооперации стоит задача оказать помощь человеку, а тем – обществу. Поэтому, те критики, кто направляет свои возражения против юридического утилитаризма, оперируют приматом прав над соображениями эффективности, безусловно правы в той части, что закон, в первую очередь, должен обращаться к защите отдельного индивида, но не противопоставлять интересы индивида и общества. Благополучие общества умножается не «за счёт» индивидов, а «благодаря» им. Но этот тезис учитывается в рамках утилитарного подхода, и он не может быть ему противопоставлен (Smith S. Ibid. P. 41).

² И даже И. А. Покровский, выступавший против судебного усмотрения с известными аргументами, правда, опрометчиво редуцирующий их только в применении к судье, совершенно необоснованно оставляя в стороне законодателя, всё же указывал, что судья, такой же, как и законодатель, «сын своего народа» и сын «своего времени» и «в не меньшей степени носитель того же народного правосознания» (Покровский И.А. Указ. соч. С. 97).

отождествляется, например, с вещью, подлежащей передаче по обязательству; право-требования ассоциируется с лицом, должником. На контрасте, вещное право атрибутируется к вещи (право собственности в наибольшей степени; ограниченное вещное право в несколько меньшей). Право на получение патента располагается где-то по середине, так как, с одной стороны, будучи эвентуально исключительным правом связывается с соответствующим результатом интеллектуальной деятельности, с другой стороны – опосредует отношения с определённым субъектом – государственным органом. Однако, одновременное тяготение к двум противоположным товарам не даёт повода к обнаружению принципиально иной, третьей феноменологии; напротив, право на получение патента лишь распадается как бы на две известные составляющие (по различным критериям делимитации) – абсолютное (атрибутируемое) и относительное (персонифицируемое) право. Из этого следует, что воззрения в отношении права на получение патента должны одновременно коррелировать с воззрениями на право-требования и вещное право (вещь).

Второе, что надлежит учитывать, это устоявшееся правовое регулирование институтов, воззрения на которые коррелирует с воззрениями в отношении права на получение патента. Как известно, диспозитивное регулирование перехода риска гибели приобретаемой вещи¹ сводится к одному правилу – риск переходит с момента исполнения обязанности продавцом по передаче вещи. Исключением из этого служит продажа товара в пути (риск случайной гибели переходит в момент заключения договора купли-продажи). Не в даваясь в лишние тут размышления о том, может ли это правило противоречит доктрине «молчаливой каузальности» Б. Виндшейда², укажем только на следующее. Тут мы имеем дело с переходом риска в момент *заключения* договора. Гибель вещи на складе или в пути на склад, о которой

¹ В этом контексте различие риска гибели вещи и риска непатентоспособности, то есть, отсутствия (прекращения или невозникновения) права на получение патента не имеют принципиального значения. Причины этого были изложены при рассмотрении вопроса каузальности и теории распределения рисков.

² Кривцов А.С. Указ. соч. С. 15 – 16.

продавец не знал и не должен был знать до заключения договора, полностью ложиться на такого продавца. В случае риска непатентоспособности буквальное толкование показывает, что риск прекращения или невозникновения права ложиться на приобретателя вне зависимости от момента, когда такой факт имел место.¹ Применительно к цессии, достаточно ограничиться тем, что цедент отвечает перед цессионарием не только за действительность, но, после реформы,² и за существование требования.

Таким образом, совершенно очевидно, что никаких оснований к особому режиму перехода риска непатентоспособности обнаружить из свойств права на получение патента невозможно.

Третье, что можно попытаться учесть – особенности сферы исследуемого права. Поскольку аналогов права на получение патента в системе охраны объектов интеллектуальной собственности нет, анализу могут подлежать лишь договорные конструкции об отчуждении исключительного права или предоставлении права использования (лицензионные договоры). На этот счёт в отечественном законодательстве не содержится ни одной нормы, хотя бы косвенной позволяющей заключить об ином режиме распределения рисков, нежели предусмотренном для прочих объектов (прав-требований, вещей).³

Таким образом, мы не смогли обнаружить объективные причины, по которым средний приобретатель права на получение патента был бы заинтересован в несении риска непатентоспособности в соответствии с действующей нормой ГК РФ.

В заключении можно предположить, что данное диспозитивное возложение риска является следствием воздействия не договорного нормообразующего фактора, но фактора самой системы охраны результатов

¹ Наконец, сама постановка вопроса о разделении момента перехода права на получение патента и момента заключения обязательственного договора не может иметь места. В отсутствие нормы прямо регулирующей переход права на получение патента, очевидно применение по аналогии иных отношений (п. 2, ст. 389.1, п. 4, ст. 1234 ГК РФ), где по общему правилу право переходит по консенсуальной модели, то есть, в момент принятия соответствующей обязанности.

² См. подробнее: Витрянский В.В. Указ. соч. С. 99 – 104.

³ См. обзор: Щербак Н.В. Указ. соч. С. 48 – 54.

интеллектуальной деятельности. Так, защита интересов акторов интеллектуальной собственности связана со стимулированием к дальнейшему творчеству.¹ Возложение риска непатентоспособности на приобретателя (через придание алеаторного характера договору) превращает отношения актора и приобретателя в инвестиционные. Изобретатель не отвечает за полученный результат собственными средствами, но получает финансирование, которое может быть использовано им в будущем для новых разработок. Однако, должно быть понятно, что при неуклонном руководстве буквальным толкованием нормы, в конечном счёте, за этот риск заплатят сами изобретатели: риск невозвратности платы за приобретаемый и не получаемый продукт будет покрываться за счёт снижения размера такой платы – это формула универсальна. Тогда, лица, действительно разработавшие патентоспособные объекты, будут недополучать соразмерное возмещение, что, в целом, приведёт только к снижению привлекательности инновационной и иной интеллектуальной деятельности.² Таким образом, диспозитивное возложение риска непатентоспособности не соответствует ожиданиям участников оборота в соответствующей сфере. Далее, мы должны установить: как в современной теории договорного права разрешается противоречие между содержанием воли сторон на заключение сделки с определёнными желаемыми условиями с диспозитивным возложением условия не желаемого, но прямо не исключённого сторонами.

¹ Щербак Н.В. Указ. соч. С. 20.

² Там же. Инвестиционная деятельность, как и любая другая, направлена на получение прибыли, осуществляется в капиталистической экономике исключительно по собственной воле (см. п. 1, 1 ГК РФ). Этот принцип был впервые выражен Адамом Смитом, а позже развит Генри Мейном (Anson W. Ibid. P. 15.). У истинного инвестора всегда есть возможность заключить с актором специальный договор (ст. 758, 1288, 1370, 1371, 1372 ГК РФ и т.п.) (Щербак Н.В. Там же. С. 55 – 60). Попытки подмены воли участников оборота в угоду (и от этого) искусственному стимулированию инвестиций всегда приводят если не к ухудшению реальной динамики хозяйственной жизни, то во всяком случае к расширению «теневой экономики» (обход закона). Мы не будем останавливаться на значении доверия к праву.

2.2. Аналитическая теория

Предметом исследования аналитикой теории выступает правовая природа договор.¹ Понятие договора имеет не только пропедевтическое, но общетеоретическое, а равно, практическое значение. Так, в зависимости от ответа на этот вопрос определяются условия и момент заключения договора, следовательно, существование и содержания порождаемых правоотношений.

В англо-американской теории обычно принято выделять два подхода к правовой природе договора. Во-первых, под договором может пониматься соглашение, основой которого является совпадение выраженной во вне воли сторон.² Во-вторых, под договором может пониматься факт оказания доверия (reliance), одной стороной в связи с обещанным другой. В этом случае основанием правовой пертурбации является закон («contractual obligations as imposed-by-law»)³ Но сейчас важно к каким последствиям приводит та или иная доктрина в части порядка установления правоотношений.

Так ставит вопрос Э. МакКендрик: «пытается ли суд установить действительную общую волю сторон или принимает во внимание внешнее проявление их намерений (выраженное в употреблённых словах, поведении и т.п.)?»⁴ По актуальному замечанию Лорда Кларка, заключение договора не зависит от направленности воли, но зависит от поведения сторон и от того, приводит ли анализ такого поведения к *объективному* выводу о том, что стороны намеревались заключить договор.⁵ По замечанию В. Ансона, причины избрания объективного подхода связаны с изменениями господствующей идеологии.

Так, популярность концепции свободы личности в философии прошлых веков не могла не оказывать влияние и на право.⁶ С этим следует согласиться

¹ Smith S. Ibid. P. 43 and so on.

² Fried C. Contract as Promise: A Theory of Contractual Obligation. Cambridge. 1981. P. 156.

³ Smith S. Ibid. P. 44.

⁴ McKendrick E. Contract law. Text, Cases and Materials. 2010. P. 20.

⁵ Court in RTS Flexible Systems Ltd v. Molkerei Alois Müller GmbH & Co KG (UK Production) [2010] UKSC 14, [2010] 1 WLR 753, [45].

⁶ Anson W. Ibid. P. 14.

хотя бы потому, что источником либертарной философии является Франция, страна, теоретики права которой впервые вынесли постулат «договор есть соглашение».¹ Более того, первое упоминание об автономии воли в частном праве связывается даже не с Дома, но Бомануром и Пьер-де-Фонтэном, много позже – Лузелем.² Однако, по-видимому, воля, как самостоятельное основание правовой пертурбации, впервые была отчётливо заявлена Шарлем Дюмуленом (хотя и применительно только к трансграничным сделкам).³ В XVIII в. эта идея получает распространение в Германии. Теория воли сначала получила поддержку К. ф. Савиньи. Однако, уже в самой Франции к этому моменту экономические обстоятельства приводят сначала к постепенному редуцированию индивидуализма, а за тем, к торжеству институционализма.⁴ Это окажет влияние на содержание французского законодательства и теории, однако, примат воли, ограниченный теперь множеством исключений, сохранит позиции доминирующего подхода. Напротив, немецкие цивилисты ещё с момента первых шагов укрепления теории воли оказали более плодотворное сопротивление. Именно в Германии возникает теория изъявления.⁵ Логика аргументации достаточно утилитарна: лица имеют дело не с волей, а с её выражением, следовательно, такие лица не могут быть принуждены тем, что не было явлено за пределы актора.⁶ Вместе с тем, хотя, во Франции, не появилось именно теории изъявления, по замечанию проф. Морандьера общая теория «социальной солидарности»⁷, корни которой лежат в доктрине «управляемой экономики» («дирижирования экономики»), стала посылкой «контроверзы» доминирующего учения.⁸

¹ О влиянии французской философии просвещения на интеллектуальное, в особенности, авторское право см.: Щербак Н.В. Указ. соч. С. 12 – 13.

² Годэме Е. Указ. соч. С. 36.

³ Третьяков С.В. Юридическая природа автономии воли в международном частном праве. Дисс. на соиск. уч. степ. к-та юрид. наук. М., 2003. С. 13 и далее.

⁴ Годэме Е. Там же. С. 37.

⁵ Строго говоря, переживает второе рождение, имея ввиду формализм Древнего Рима.

⁶ Там же. С. 38.

⁷ Там же.

⁸ Морандьер Л.Ж. Указ. соч. С. 204, 229.

Точно такая же аргументация была положено в основание английской теории доверия: разумные ожидания кредитора должны быть защищены во благо защиты стабильности оборота.¹ Однако, не смотря на сходство риторики (о защите кредитора упоминали Л. Ж. Морандьер,² Е. Годэме,³ Г. Дернбург⁴ Г. Брокс,⁵ Л. Эннекцерус⁶, Ю. С. Гамбаров⁷; о защите стабильности оборота упоминали те же – Л. Эннекцерус⁸, Г. Дернбург⁹) теория изъяснения не тождественна теории доверия. Ярчайшим образом это проявляется в неожиданной постановке Г. Дернбурга: отказ от исполнения обещанного по причине отсутствия воли противоречил бы «нравственности» и «чувству порядочности»¹⁰ стороны, апеллирующей к отсутствию воли (ответчик), а ведь «верность своему слову» есть основа доверия к его личности, его «нравственный и экономический кредит»¹¹. Проф. Гамбаров не усмотрел этой особенности, полагая что сущность теории изъяснения составляет *оспоримая* презумпция наличия воли¹² (при оспаривании – всё же воля будет являться основной правоотношений как в теории воли).

Однако, аутентичное содержание доктрины показывает обратное: наличие воли не подлежит верификации ни при каких обстоятельствах (по крайней мере такова позиция Г. Дернбурга,¹³ Ю. Барон (для случаев отсутствия воли *culpa lata*)¹⁴, Р. Циммермана¹⁵). Более странно то, что сам Гамбаров, приводя Иеринга, Бера, Лотмара, Леонгарда, Ленеля и Холдера, не обращает внимания на такую важную деталь.¹⁶ Только представители теории

¹ Anson W. Ibid. P. 16.

² Морандьер Л.Ж. Указ. соч. С. 204.

³ Годэме. Указ. соч. С. 38.

⁴ Дернбург Г. Указ. соч. С. 277

⁵ Варуль П.А., Халлик Л.Я. Волеизъявление и сделка // Сборник статей к 55-летию Е.А. Крашенинникова. Яр., 2006. С. 10.

⁶ Эннекцерус Л. Указ. соч. С. 191.

⁷ Гамбаров Ю.С. Указ. соч. С. 700.

⁸ Дернбург Г. Там же. С. 259, 269 – 271.

⁹ Эннекцерус Л. Там же. С. 193.

¹⁰ Дернбург Г. Там же. С. 270.

¹¹ Там же. С. 269.

¹² Гамбаров Ю.С. Там же. С. 702

¹³ Дернбург Г. Там же. С. 269.

¹⁴ Барон Ю. Указ. соч. С. 189.

¹⁵ Варуль П.А., Халлик Л.Я. Там же. С. 11.

¹⁶ Гамбаров Ю.С. Там же. С. 699.

воли уделяют, при чём, каждый в разной степени, внимание наличию и содержанию самой воли (в частности: Виндшейд, Вехтер, Цительман,¹ Дернбург,² Эннекцерус³). Дело состоит в том, что односторонность теории изъявления (концентрация на интересах контрагента и, только как следствие этого – оборота) подверглась существенной критике. В частности, о непринятии во внимание интересов лица, действующего в отсутствие воли писали Ларенц,⁴ Эннекцерус⁵, Годэме⁶. Это была очевидная попытка возврата даже не к состоянию римского права (со среднего времени допускалось оспаривание отношений в отсутствие воли⁷), но его зачаткам. Однако, представители теории изъявления не пытались скорректировать изложенные замечания (это бы неминуемо привело к пораженческим уступкам теоретикам новой идеологии). Результатом критики явилось лишь возникновение теории единства воли и волеизъявления (очевидно из названия призванной соединить преимущества и устранить недостатки двух других). Но, по замечанию В. Флюма, она не получает распространения потому, что, по существу, не решает вопрос расхождения воли и волеизъявления.⁸

¹ Гамбаров Ю.С. Указ. соч. С. 699.

² Дернбург Г. Указ. соч. С. 268.

³ Эннекцерус Л. Указ. соч. С. 189.

⁴ Варуль П.А., Халлик Л.Я. Указ. соч. С. 11

⁵ Эннекцерус Л. Указ. соч. С. 191.

⁶ Годэме Е. Указ. соч. С. 38.

⁷ Гамбаров Ю.С. Там же. С. 700.

⁸ Как известно, теория единства получила некоторое признание в отечественной теории. Однако, это произошло под влиянием не самого точного уяснения её содержания и попытками во всём и всегда руководствоваться старой привычкой – прибегать к диалектическому материализму: «Мы считаем неоправданной саму постановку вопроса, что является определяющим – воля или волеизъявление. Не подлежит сомнению, что без наличия воли не может быть и волеизъявления» (Варуль П.А., Халлик Л.Я. Там же. С. 11). Постановку такого вопроса с пониманием терминов, присущим этим авторам, любой бы посчитал неоправданным. «Волеизъявление» имеет совершенно два разных значения в зависимости от того, употребляется ли оно в противовес воле (тогда речь идёт об изъявлении, не совпадающем с волей) или в связи с ней (тогда речь идёт об изъявлении истинной воли). Наконец, ещё Г. Дернбург разъяснял: по поводу каждой сделки существует две воли; одна воля – воля заключить сделку, то есть, намерение иметь соответствующие правовые последствия; вторая воля – воля изъявить о наличии воли заключить сделку (Дернбург Г. Там же. С. 261). Следовательно, возможны случаи, когда лицо вполне имеет волю на изъявление (в этом смысле оно будет волеизъявлением вполне), но изъявленное не будет выражать волю заключить определённую, истинно желаемую, сделку.

Таким образом, господствующая теория континентального права (теория воли) с одной стороны не могла не учитывать возражений в свой адрес, с другой стороны, по идеологическим причинам, не могла уступить своё место диктату формы. В результате, большинство авторов утверждает, что основанием договорных правоотношений является воля сторон, но, из этого есть исключения.¹

Применительно же к теории доверия, первое, на что следует обратить внимание: развитие учения о чём-либо что не было известно римскому праву в тех или иных точных категориях закономерно было бы обречено на неудачу в странах континентального права. Так произошло с теорией профессоров Германа и Беккера в Германии. Сомнительным кажется, что истинной причиной поражения авторов выступила только лишь «справедливая» критика профессора Регельсберга о том, что существует множество коллидирующих интересов, сложение которых невозможно вместе.² Развитие доктрины доверия в английском праве, более свободном от исторических зависимостей и идеологических предпосылок, доказывает обратное. Видимо, незнакомство с опытом стран общего права служило причиной отсутствия даже попыток разработки концепции доверия в отечественном праве (В. М. Нечаев в этом смысле не является исключением, так как он единственный в своём времени изучал английское право).³

¹ См. к прим.: Годэме Е. Указ. соч. С. 39; Гамбаров Ю.С. Указ. соч. С. 698; Шершеневич Г.Ф. Указ соч. С. 73 – 74, 85; Эннекперус Л. Указ. соч. С. 191. Очередной раз Г. Дернбург наиболее радикально показывает это: отсутствие воли не порождает правоотношений; однако, отсутствие воли есть факт, подлежащий доказыванию и право далеко не всегда допускает это (Дернбург Г. Указ. соч. С. 269). Не все цивилисты полагают, что вопрос состоит лишь в наличии или отсутствии права ссылаться, так как при таком подходе происходит подмена материального права, правом процессуальным, но в интересах, которые призывают защищать именно материальное право. Проще это может быть выражено так, что даже если одна сторона спора не вправе ссылаться, например, на ничтожность, это не означает, что право другой стороны будет признано, поскольку факт (не)существования отношений (абсолютной (не)действительности) устанавливается судом независимо. Если суд, установив факт ничтожности сделки (хотя бы и не указав на это в решении), всё же признаёт право, то речь должна идти уже о материальном значении недобросовестности стороны, то есть, о конвалидации сделки, но не вопросе доказывания. Объяснение правовой природы эстоппеля через категории процессуального права связан с чрезвычайно грубым уяснением сути эстертио в римском праве. Древнему Риму не было известно деление права на материальное и процессуальное. Поэтому, лишь подобие внешней формы эстертио возражению в современном процессе не меняет его материальной природы.

² Гамбаров Ю.С. Там же. С. 702.

³ Нечаев В.М. Указ соч. С. 262.

Как указывает Лорд Штеин, теория доверия выражается в Англии принятием внешнего стандарта, концепции разумного лица (the concept of the reasonable man).¹ Принципиальное отличие этого подхода от немецкой теории изъяснения состоит в том, что суды общего права не отказываются от исследования направленности воли сторон. Однако, при выявлении факта несоответствия воли суд оценивает, должен ли был контрагент, действуя разумно, то есть как средний участник оборота, понимать, что воля другой стороны отсутствует.²

Проф. Говард выдвинул гипотезу о существовании трех разновидностей доктрины разумного лица в зависимости от того с точки зрения какой из сторон договора суд оценивает факт его заключения: а) разумность кредитора, б) разумность должника; в) разумность третьего лица.³ Но, как верно заметил Дж. Востер, этот подход не учитывает, что, как правило, договор

¹ McKendrick E. Ibid. P. 21.

² Так, если одно лицо обязуется продать другому лицу товар, зная что последнее намеревается использовать его с определённой целью (берейтор приобретает овёс для кормления лошадей), то даже если сам продавец не знал о том, что такой товар должен быть определённого качества (овёс для лошадей должен быть высохшим (лежалым)) разумный участник оборот должен был бы уточниться по этому вопросу; покупатель вправе рассчитывать на то, что продавец, предлагающий свой товар особому покупателю (берейтору), осознаёт и необходимый стандарт качества такого товара (Smith v. Hughes (1871) LR 6 QB 597, Court of Appeal) (Более актуальное подтверждение этого правила: Statoil ASA v. Louis Dreyfus Energy Services LP [2008] EWHC 2257 (Comm), [2008] 2 Lloyd's Rep 685).

Другой пример: если одно лицо предоставляет во владение и пользование другому лицу некоторую недвижимость с условием о регулярном повышении платы, но с оговоркой о невозможности снижения такой платы ни при каких условиях, то разумно действующее лицо в положении пользователя должно было бы уточнить правильность оферты собственника о назначении платы ниже её первоначального размера (Centrovincial Estates plc v. Merchant Investors Assurance Company Ltd [1983] Com LR 158, Court of Appeal).

Схожий подход был использован и в случае, когда рыночная стоимость товара явно не соответствует цене, предложенной в оферте (разумно действующий акцептант должен был усомниться в том, что шкуры редкого аргентинского зайца продаются не по цене за штуку, но по цене за фунт веса, что существенно снижает итоговую цену договора) (Hartog v. Colin & Shields [1939] 3 All ER 566, King's Bench Division) (Более актуальное подтверждение этого правила: Chwee Kin Keong v. Digilandmall.Com Pte Ltd [2004] SGHC 71, [2004] 2 SLR 594 (affirmed [2005] SGCA 2)).

В случаях, когда отсутствие воли в форме неправильного представления о границах земельного участка стало причиной неточного кадастрового плана, составленного недобросовестными продавцами, суд приходит к выводу об отсутствии договора не потому, что продавцы виновны во введении в заблуждение, но потому, что разумный покупатель доверился плану (Denny v. Hancock (1870) LR 6 Ch App 1, Court of Appeal). Аналогичная позиция была выработана и когда ввиду грубой неосторожности организаторов торг (представителей продавца) два разных товара были маркированы одинаково (кудель выдавался за конопляное волокно, имеющее значительно иную рыночную стоимость и сферу применения на производстве) (Scriven Brothers & Co v. Hindley & Co [1913] 3 KB 564, King's Bench Division).

Даже когда заблуждение покупателя о размерах приобретаемой недвижимости было вызвано его собственной неосмотрительностью, продавцы были вправе требовать уплаты суммы поскольку вправе рассчитывать на то, что каждый обратившийся к ним с предложением о покупке изучил надлежаще составленное описание предмета договора (Tamplin v. James (1880) 15 ChD 215, Court of Appeal).

³ McKendrick E. Ibid. P. 21 – 22.

предполагает, что одно лицо является и кредитором и должником вместе.¹ Верно замечает Э. МакКендрик, такие выводы Говарда образуются лишь в связи с тем, что в каждом контрактном деле истцом является очевидно кредитор по тому или иному требованию.² Но обзор практики показывает, что суд в большинстве случаев пытается оценить договор с точки зрения каждой из сторон.³

Отсюда должно быть понятно, что доктрина доверия не отождествима с теорией изъяснения. Вместе с тем, из этого следует и другой важный вывод. В действительности, теория воля, со всем тем множеством исключений из неё, вполне сходна с доктриной доверия. В частности, чем кроме как принципом защиты доверия, хотя бы и не артикулированным прямо, можно объяснить, например, правила толкования договора.⁴ Должно быть очевидно, что превалирование буквального толкование преследует цели защиты разумных ожиданий.⁵ Таким образом, хотя, формально, в континентальном праве продолжает господствовать теория воли, действительное положение дел сводится к защите ожиданий точно также, как и в англо-американской правовой традиции. Однако, это не означает, что практическое применение этой общей доктрины одинаковы.

¹ McKendrick E. Ibid. P. 21.

² Ibid. P. 42.

³ Ibid.

⁴ Так, в континентальной теории, принято считать, что суд прежде всего обязан уяснить буквальное содержания изъяснений; в случае если у значений есть особенности в определённой местности, то с учётом таких особенностей; если буквальное значение являет противоречия – цель сделки должна их устранить; наконец, если изъяснение «так тёмно», что его смысл неясен при перечисленных мероприятиях, договор считается несостоявшимся (Барон Ю. Указ. соч. С. 192; Шершеневич Г.Ф. Указ соч. С. 92 – 93). Аналогичную структуры мы видим в одном из классических учебников по английскому договорному праву (Anson W. Ibid. P. 112).

⁵ При этом, если буквальное толкование не совпадает с действительной *общей* воле сторон, то, бесспорно, приоритет имеет общая воля (Эннексерус Л. Указ. соч. С. 186). Когда буквальное толкование допускает разночтения, и каждая сторона связывает с этим противоположные представления, то договор сохраняется в силе только в том случае, если возможно определить чьи ожидания были более разумны (то есть, соответствовали цели договора, которую возможно определить только с учётом всех обстоятельств дела) (Там же). Далее, ПГУ в §157 требует толковать договор согласно доброй совести, принимая во внимание обычаи гражданского оборота. Не так очевиден принцип защиты доверия в ст. 1156 ФГК: исследованию подлежит в первую очередь то, каковым было обоюдное намерение договаривающихся сторон, но не останавливаться на буквальном смысле выражений. Однако, сама по себе, эта норма не исключает защиту доверия, поскольку касается лишь правила о примате совпадения воли над совпадением изъяснений.

Так, в частности, английское законодательство не содержит регулирования договора об отчуждении права на получение патента.¹ Следовательно, режим риска непатентоспособности будет определяться непосредственно через доктрину доверия. Модель регулирования континентального права позволяет поставить вопрос о доверии в части существенных условий договора. Однако, когда некоторое условие, такое как возложение риска непатентоспособности на приобретателя, диктуется диспозитивной нормой, применение доктрины доверия по общему признанию будет невозможным.²

В этой связи, к сожалению, по причинам, указанным в предыдущей части работы (2.1), образуется парадокс: диспозитивная норма *de facto* становится императивной поскольку не допускает *очевидно* истинной направленности воли получить юридическую реализацию. Следовательно, для разрешения исследуемой проблемы приходится обращаться к иным средствам.

2.3. Современные тенденции континентального договорного права

Ранее упомянутое деление воли на два вида (Г. Дернбург) имеет важное значение для договора об отчуждении права на получение патента.³ Так, воля приобретателя на заключение сделки присутствует, а содержанием такой воли является представление об обычной меновой сделке, где плата обуславливается представлением надлежащего товара (права на получение патента). Далее, воля на изъявление воли заключить сделку также наличествует; она выражается в заключении договора, например,

¹ См.: Intellectual Property Act. 2014.

² Об особенностях обычных условий см. к прим.: Эннекцерус Л. Указ. соч. С. 185. Исключение может составлять подход Б. Виндшейда. Ранее мы упоминали его дискуссию с проф. Ленелем. Так, Б. Виндшейд настаивает на том, что некоторая часть содержания воли (кауза) может иметь силу для сторон и тогда, когда она не была выражена (Кривцов А.С. Указ соч. С. 16). В этом случае, применение доктрины доверия позволило бы утверждать, что разумный приобретатель права на получение патента с очевидностью для другой стороны, хотя бы и не выразив этого прямо, рассчитывал на то, что покупает именно право, но не вероятность его существования. Однако континентальному праву не известна возможность устранения применения диспозитивных норм молчанием.

³ См.: ст. 85, сноска № 8.

подписанием документа. Заблуждение вкрадывается здесь именно применительно к последней – воля формируется ошибочно: приобретатель полагает, что акцепт по объекту договора (определённое право на получение патента) и размеру платы является достаточным для возникновения *обычной* меновой сделки; однако, закон требует для этого также достичь специального соглашения; в отсутствии специального соглашения, закон не признаёт договор незаключённым, но вводит редукцию воли (каузы). Так, для заключения договора об отчуждении права на получение патента по алеаторной модели достаточно чтобы воля сторон совпала в части объекта и цены, *но не обусловленности их предоставления*. Указанное составляет общую формулу сделки, совершённой под влиянием заблуждения (в терминологии К. ф. Савиньи – «неподлинное заблуждение»¹). При этом, приобретатель допускает ошибку в природе сделке, что наряду с дополнительным условием является основанием для оспаривания такой сделки как заключённой под влиянием заблуждения.²

В качестве примера заблуждения в природе сделки обычно приводится купля-продажа вместо дарения или найма.³ Видимо один из немногих – Б. Виндшейд, который не даёт ни примеров, ни пояснений.⁴ Такое общее для большинства содержание примеров выглядит вполне оправданным. Предмет договора (в теоретическом смысле, то есть, как раз, природа сделки) всегда является существенным условием любого договора. В случае договора об

¹ Виндшейд Б. Указ. соч. С. 172; Барон Ю. Указ. соч. С. 160; Годэме Е. Указ. соч. С. 63 – 64, Морандьер Л.Ж. Указ. соч. С. 235. На неудачность выражения указывают теперь множество авторов. В частности: Дернбург Г. Указ. соч. С. 275.

² Под дополнительным фактором понимается существенность или значительность заблуждения, которая обычно определяется через указание на то, что, если бы лицо знало о действительном положении вещей, оно бы никогда не совершило такую сделку (Дернбург Г. Там же. С. 277; Виндшейд Б. Там же. С. 173. Эннекцерус Л. Указ. соч. С. 205.). При этом, как верно указывает Л. Эннекцерус, существенность заблуждения должна определяться из обстоятельств каждого конкретного дела (хотя существуют и некоторые закономерности) (Там же. С. 204). Применительно к рассматриваемому случаю дело осложняется тем, что, в некотором смысле, приобретатель допускает ошибку в праве, которая по общему правилу является непростительной. Однако, этот общий юридический принцип значительно ограничен в применении в сфере договорного права (Виндшейд Б. Там же. С. 181, Морандьер Л.Ж. Там же. С. 237 – 238), что, по-видимому, объясняется тем, что договорное право строится на фундаменте наиболее широкой автономии воли, то есть, установлении прав и обязанностей (а значит и определении их содержания) по усмотрению самих лиц.

³ Дернбург Г. Там же. С. 278; Барон Ю. Там же. С. 160; Годэме Е. Там же. С. 64; Морандьер Л.Ж. Там же. С. 235 – 236.

⁴ Виндшейд Б. Там же. С. 173.

отчуждении права на получение патента, условие *a priori* отвечающее признакам *essentialia negotii* было переqualифицировано законодателям в *naturalia negotii*,¹ что, строго говоря, является абсурдным.

Но, обращает на себя внимание то, что многие цивилисты, размышляя над статусом оспоримости сделки с порок воли по поводу её природы, всё же замечают, руководствуясь принципом теории воли, что такая сделка является незаконченной или ничтожной.² Их логика абсолютна верна, но, то, что она противоречит действующему законодательству (сделка действительна с момента её совершения), означает как раз что и в континентальном праве основу теории договора составляет именно теория доверия (только защитой доверия возможно объяснить законченность договора в случае полного отсутствия воления у одной из сторон). Тут уже невозможно говорить о редукации воли законодателем: передача вещи в собственность или в пользование не имеет ни одной точки соприкосновения в содержании воли так, чтобы могло быть отброшено всё кроме одного, и это одно стало основной сделки (как это имеет место при абстрактной сделке, где отбрасывается вопрос наличия или отсутствия обусловленности о встречном предоставлении и сохраняется лишь воля на, например, передачу права собственности). Однако, это не касается несовпадения воли о купле-продаже и дарении. Тут теория воли в своём аутентичном содержании могла бы справиться с постановкой проблемы. Тут редукация воли возможна, и более того, прямо предусмотрена в законодательствах. Например, исходя из п. 3, ст. 423 ГК РФ договор, из которого прямо не следует, что он является безвозмездным, признаётся возмездным. Иными словами, воля сторон редуцируется до передачи вещи в собственность, а условие о наличии или отсутствии встречного предоставления редуцируется так, что взамен этому закон через диспозитивную норму вводит условие превращающие такой договор в возмездный (в данном случае – в куплю-продажу). И тогда, единственным

¹ О соотношении типов условий см. к прим.: Гамбаров Ю.С. Указ. соч. С. 703 – 704.

² Барон Ю. Указ. соч. С. 159; Дернбург Г. Указ. соч. С. 275.

способом освобождения от сделки является её оспаривание. Точно по такой же модели может объясняться и конструкция договора об отчуждении права на получение патента. Это означает, что для уничтожения сделки, сторона, находившаяся под влиянием заблуждения, должна доказать, что защита её ожиданий ценнее чем защита ожиданий контрагента. Однако, покажем ещё одну модальность, которая возможно только в случае договора об отчуждении права на получение патента.

По общему признанию в качестве основания недействительности сделки под влиянием заблуждения на равне с пороком воли в природе сделки, выступает ещё и порок воли в объекте договора. Обычно, два этих основания не перекрывают друг друга (не принимается во внимание конкуренция оснований при нескольких ошибках). Так, например, когда речь идёт о конверсии купли-продажи и дарения, предполагается, что сам объект (индивидуально-определённая вещь) не вызывает разночтений. Но, совершенно иное дело обнаруживается при рассмотрении договора об отчуждении права на получение патента. Алеаторный характер сделки, то есть, один из аспектов природы договора, предопределяется самим свойством объекта: приобретается право на получение патента или же «шанс» на приобретение права на получение патента. Так, при признании сделки недействительной во внимание принимается существо самого объекта, но не разночтения в его названиях.¹ По мнению некоторых авторов, заблуждение в самом объекте сделки уже считается значительным.² При этом необходимо разделять следующие случаи.

В первом, заблуждение состоит в том, что лицо намеревалось приобрести именно предмет X, и в своём волеизъявлении указало на X, но полагало, что X непременно обладает свойством Y, тогда как такое свойство у него отсутствует в действительности. Тут имеется пространство для редукции воли: соглашение о вещи есть, однако соглашения о её качестве не достигнуто.

¹ Дернбург Г. Указ. соч. С. 277.

² Там же. С. 279.

Во втором случае, лицо намеревается приобрести X, однако в волеизъявлении указывает на Y. Тут отсутствует соглашение уже о самом объекте.

Как и при рассуждениях о статусе оспоримости сделки при пороке воли в части её природы, многие учёные утверждают, что в случае когда воля направлена на один объект, а волеизъявление на другой – сделка не заключена или ничтожна.¹ Именно применительно к различию двух этих ситуаций² большинство теоретиков выдвигает требование о том, что заблуждение в свойствах вещи должно касаться настолько существенных её свойств (первый случай), что это, в сущности, означает, что нет совпадения и по поводу самой вещи (второй случай). Иными словами, представители теории воли, в этом случае, собственными выводами доказывают несостоятельность их идей (закон называет такие сделки также оспоримыми), хотя, сама по себе, конструкция теории воли позволяет обойти это возражение через идею редукции воли (каузы) для последнего случая. Когда воля направлена не на тот объект о котором следует из волеизъявления, действительно можно не требовать применения норм об оспоримой сделке под влиянием заблуждения, но постановить уже только на основании норм о понятии договора и моменте его заключения, что договор просто не существует.³ Значит, обращаться к оспоримости следовало бы только когда речь идёт о свойствах вещи (как это буквально и легализовано).

Но более интересно то, что некоторые из тех авторов, кто отстаивает доктрину «непосредственной цели», прямо признаются, что когда речь идёт о существенных свойствах объекта, следует иметь ввиду, что речь идёт именно о мотиве сделки.⁴ Отсюда видно, что попытка отождествления заблуждения в свойствах с заблуждением в самом предмете является вынужденной для теории воли, чтобы хотя как-то объяснить причину релевантности мотива

¹ Годэме Е. Указ. соч. С. 64; Морандьер Л.Ж. Указ. соч. С. 236.

² Подробнее см.: Виндшейд Б. Указ. соч. С. 177 – 178.

³ Важно, что так *нельзя* действовать при заблуждении в природе сделки, ибо этот вопрос регулируется только нормой о недействительности, перекрывающей общую формулировку о моменте заключения договора (момент совпадения воли).

⁴ Эннекцерус Л. Указ. соч. С. 205.

праву. Видимо, тот факт, что из этого следует другой вывод, вновь возникающий против теории воли (не соглашение по свойствам предмета означает незаключённость договора, тогда как в соответствии с законом договор есть, но он – оспорим), их беспокоит в меньшей степени. Действительное же положение вещей было рассмотрено в связи с замечаниями Б. Виндшейда в предыдущей части работы.

Далее, для целей определения степени существенности вводится правило о воззрениях гражданского оборота (то есть, объективный критерий).¹ Причём, это свойства не всегда является физическими (учитывая, что речь идёт о вещах).² Наконец, Л. Эннекцерус прямо указывает, что это основание недействительности подлежит применению не только к вещам.³ Однако, каков тип заблуждения в случае договора об отчуждении права на получение патента? Очевидно, что речь идёт именно о случае заблуждения в тождестве объектов (право и шанс).⁴ Кажется, что при руководстве теорией воли, в случае отсутствия тождества объекта, нет необходимости в оспаривании сделки, так как такая сделка в силу общего определения договора и нормы о моменте его заключения, приводит к однозначному выводу о не существовании сделки. Однако, проф. Эннекцерус прямо указывает, что и при расхождении в тождестве объектов сделка будет оспорима, если только из *буквального толкования* изъятий не следует, что стороны ведут речь о различных объектах.⁵ Для немецкого права такой вывод оправдан. Из §119 ГГУ недвусмысленно следует, что оспоримость «перетягивает» на себя вопрос тождества предметов с норм об определении договора и моменте его заключения. Такой вывод чуть менее однозначен по российскому праву. Ст. 178 ГК РФ указывает на оспоримость когда заблуждение касается «предмета

¹ Барон Ю. Указ. соч. С. 160 – 161; Годэме Е. Указ. соч. С. 65, 67 – 68; Морандьер Л.Ж. Указ. соч. С. 236; Виндшейд Б. Указ. соч. С. 174.

² Эннекцерус Л. Указ. соч. С. 205.

³ Там же. С. 207.

⁴ Ещё раз поясним, что заблуждение здесь состоит в воле на изъятие воли на заключение сделки: приобретатель полагает, что указание на объект сделки в формулировке «право на получение патента» будет достаточным для достижения согласия об объекте (тогда как для этого необходимо прямо устранить диспозитивную норму отдельной формулировкой).

⁵ Там же. С. 192.

сделки, *в том числе* таких его качеств...». И тем не менее, отечественная формулировка также даёт основания к выводу о том, что отсутствие тождества предметов не есть повод рассматривать сделку в качестве незаключённой по п. 1, ст. 432 ГК РФ (если только из текста договора это не следует с очевидностью).

Теперь должно быть заметно, что, как и английское право, право континентальных стран, в действительности, основывается на принципе защиты доверия; что систематическое употребление в законе категорий теории воли, а равно, учения «обосновывающие» теорию воли, преподаваемые в странах континентального права, выступают поводом для лишних затруднений. Пожалуй, самым главным выводом из этого является то, что сегодня мы не имеем надлежащего определения договора как основания возникновения правоотношений (стало очевидно, что для существования договора при определённых обстоятельствах может быть достаточно воли и только одного лица). Всё это показанным образом негативно сказывается на регулировании договорного права, в частности, и договора о приобретении права на получение патента. Однако, поскольку эти вопросы имеют фундаментальное значение, а значит их разрешение требует по крайней мере значительного времени, в наших силах остаётся произвести устранение ошибок не имеющих общетеоретического значения. Из действующей редакции ст. 1357 ГК РФ надлежит изъять п. 4. До признания этого законоположения утратившим силу, судам рекомендуется толковать эту норму с тем, чтобы момент перехода риска непатентоспособности не имел ретроспективного действия.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

В результате проведения настоящего исследования были сделаны следующие выводы.

1. Доказано, что право на получение патента как объект гражданских прав представляет собой благо, состоящее в обеспечении получения исключительного права по средствам обязательных действий государственного органа. В политэкономическом аспекте, право на получение патента представляет собой эвентуальность исключительного права.

2. При этом, как и любое относительное имущественное право, право на получении патента обладает свойством абсолютной защиты в качестве самостоятельного объекта гражданских прав. Несанкционированное копирование и распространение содержания результата интеллектуальной деятельности, создающее угрозу утраты патентоспособности, являются незаконным действием, нарушающими абсолютную составляющую права на получение патента.

3. В связи с этим, право на получение патента обеспечивает получение исключительного права не только через возможность требовать от государственного органа предоставления патента, но и через возможность требовать от всех третьих лиц воздержания от совершения действий, способных повлечь утрату патентоспособности. В этом смысле, право на получение патента крайне схоже в своём содержании с исключительным правом. Однако, остаётся несколько важных различий, которые не позволяют их отождествить.

4. Обусловленность признания и охраны исключительного права государственной регистрацией объекта промышленной собственности исторически связана с запретом бессрочных монополий. Устанавливая в этих целях только срочные права необходимо иметь возможность определения точной даты начала течения срока. Такой датой и считается обращение в регистрирующий орган. Вопрос проверки патентоспособности отнесён к ведению государственного органа по утилитарным соображениям. Сама по

себе, проверка может разрешаться и ex post в том числе в судебном порядке.

6. Следовательно, непредоставление защиты интересам правообладателя до подачи заявления на регистрацию имеет совершенно определенную публичную цель – недопущение монополии на неопределённый период. Правообладатель, стремившийся к получению патента, то есть, учитывавший публичный интерес, вправе рассчитывать на предоставление защиты от недобросовестных лиц вне зависимости от того, успел ли он к тому времени обратиться в государственный орган с заявлением о выдаче патента. Если правообладатель не намеревался обратиться с заявлением о предоставлении патента, то истребование защиты с его стороны будет недобросовестным. Указанное является редукцией объёма защиты абсолютной составляющей права на получение патента в сравнении с исключительным правом.

7. Поскольку, исторически второй функцией системы регистрации объектов промышленной собственности является определение приоритета, самостоятельное параллельное создание тождественного результата интеллектуальной деятельности не может являться нарушением абсолютной составляющей права на получение патента. Лицо, независимо создавшее тождественный объект, вправе рассчитывать на получение патента преимущественно перед обладателем права на получение патента, не успевшего обратиться в государственный орган первым.

8. Указанные ограничения позволяют оставить в силе тезис о свойстве эвентуальности права на получение патента. Последнее остаётся эвентуальным исключительному праву, то есть, ещё не совпадающим с ним, но способным привести к его *укреплению*. Но всё же, в силу наличия некоторых свойств исключительного права, этот феномен может быть обозначен как ретротракция исключительного права.

9. Установленные свойства права на получение патента в совокупности с тем обстоятельством, что государственная регистрация объекта не являются основанием именно *возникновения*, но только *признания и охраны*

исключительного права, ставит совершенно обоснованный вопрос: не следует ли полагать, что право на получение патента есть лишь название для изначально единственного права присвоения на стадии до государственной регистрации, когда же государственная регистрация осуществлена, то же самое право присвоения, укрепляясь окончательно, начинает именоваться исключительным? Для такой интерпретации имеются основания, покоящиеся на естественно-правовом подходе. Так, всякое исключительное право, вне зависимости от типа своего объекта, возникает в момент создания соответствующего результата в силу естественной связи актора и результата его интеллектуального труда. Следовательно, это право должно подлежать государственной охране изначально. Охрана может быть ограничена только в определённых публичных интересах, что и имеет место применительно к недопустимости бессрочной монополии. Иными словами, вполне допустимо предположить, что право на получение патента представляет собой лишь одну из форм исключительного права в широком смысле. На ряду с этим, существует и другая форма – *признанное и охраняемое* исключительное право, то есть, исключительное право в узком смысле.

10. Диспозитивная норма о возложении бремени риска непатентоспособности на приобретателя может явиться причиной алеаторного характера договора об отчуждении права на получение патента. Буквальное толкование текста закона позволяет предположить, что приобретатель обязан нести риск изначально отсутствия права на получение патента либо его прекращения ещё до дня, в который отчуждение должно было произойти (при условии, что отчуждатель не осведомлён об отсутствии права на момент акта распоряжения). Указанный договор сконструирован по алеаторной модели *emptio spei*.

11. Ввиду того, что стороны вправе заключать специальные виды договоров, направленные на финансирование разработок, очевидно, предполагающие риск их безрезультатности, представляется необоснованной

имплементация бремени в качестве обычного условия в сделку, по смыслу и с очевидностью, имеющую меновое назначение.

12. Из-за невозможности исключить применение диспозитивной нормы простым молчанием, лицо, неосведомлённое о действующем правовом регулировании, не сможет сослаться на незаключенность в виду классического учения о договоре. В отсутствие расхождения в изъятиях, у лица остаётся лишь право оспаривать сделку по основанию заключения под влиянием заблуждения в природе (или объекте). Диспозитивная норма, приводящая в большинстве случаев к оспоримости сделки, представляется недопустимой и подлежит изъятию из действующего законодательства. В независимости и помимо изменения гражданского кодекса, судам рекомендуется толковать норму о возложении риска непатентоспособности на приобретателя ограничительно: не засчитывать в период в отношении которого происходит перенесение бремени риска время до передачи права на получение патента.

Таким образом, рассмотрение права на получение патента в аспекте его оборотоспособности позволило установить его опциональное свойство, проявляющееся в абсолютной защите от несанкционированного копирования и распространения результата интеллектуальной деятельности, что разрешает практическую проблему незащищённости интересов правообладателя до получения патента. Вместе с тем, анализ права на получение патента как объекта гражданско-правового оборота не позволяет установить причины избрания нетипичного способа перенесения бремени риска при отчуждении по договору. Последнее служит основанием к изменению действующего правового регулирования, что позволит разрешить практическую проблему несоответствия диспозитивных положений потребностям большинства участников гражданско-правового оборота в сфере науки-техники и дизайна.

СПИСОК ИСПОЛЬЗУЕМОЙ ЛИТЕРАТУРЫ

***Работа подготовлена с использованием системы КонсультантПлюс**

Нормативно-правовые акта:

1. Гражданский кодекс Российской Федерации. Ч.1 [Электронный ресурс]: федер. закон от 30.11.1994 № 51-ФЗ (ред. от 16.12.2019). СПС КонсультантПлюс;
2. Гражданский кодекс Российской Федерации. Ч.4 [Электронный ресурс]: федер. закон от 18.12.2006 № 230-ФЗ (ред. от 31.07.2019). СПС КонсультантПлюс;
3. Конвенция по охране промышленной собственности. (Заключена в Париже 20.03.1883) (ред. от 02.10.1979). [Электронный ресурс]. СПС КонсультантПлюс;
4. Конвенция, учреждающая Всемирную Организацию Интеллектуальной Собственности" (Подписана в Стокгольме 14.07.1967) (ред. от 02.10.1979). [Электронный ресурс]. СПС КонсультантПлюс;
5. Договор о патентной кооперации (Подписан в г. Вашингтоне 19.06.1970). [Электронный ресурс]. СПС КонсультантПлюс;
6. Страсбургское соглашение о международной патентной классификации" (Заключено в г. Страсбурге 24.03.1971). [Электронный ресурс]. СПС КонсультантПлюс.

Материалы судебной практики:

7. Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 23.04.2019 № 10 «О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации»;
8. Обзор судебной практики по делам, связанным с разрешением споров о защите интеллектуальных прав (утв. Президиумом Верховного Суда РФ 23.09.2015);
9. Centrovincial Estates plc v. Merchant Investors Assurance Company Ltd [1983] Com LR 158, Court of Appeal;
10. Chwee Kin Keong v. Digilandmall.Com Pte Ltd [2004] SGHC 71, [2004] 2 SLR 594 (affirmed [2005] SGCA 2);
11. Court in RTS Flexible Systems Ltd v. Molkerei Alois Müller GmbH & Co KG (UK Production) [2010] UKSC 14, [2010] 1 WLR 753, [45];
12. Denny v. Hancock (1870) LR 6 Ch App 1, Court of Appeal;
13. Hartog v. Colin & Shields [1939] 3 All ER 566, King's Bench Division;
14. Scriven Brothers & Co v. Hindley & Co [1913] 3 KB 564, King's Bench Division;
15. Smith v. Hughes (1871) LR 6 QB 597, Court of Appeal;
16. Statoil ASA v. Louis Dreyfus Energy Services LP [2008] EWHC 2257 (Comm), [2008] 2 Lloyd's Rep 685;
17. Tamplin v. James (1880) 15 ChD 215, Court of Appeal.

Монографии, учебники, статьи:

18. Агарков М.М. Обязательства по советскому гражданскому праву. М., 1940;
19. Александров Н.Г. Законность и правоотношения в советском обществе. М., 1955;
20. Александров Н.Г. Юридическая норма и правоотношение: Стенограмма доклада. М., 1947;
21. Алексеев С.С. Односторонние сделки в механизме гражданско-правового регулирования // Сборник ученых трудов. Вып.13. Свердловск. 1970;
22. Анненков К.Н. Система русского гражданского права. Т. 1. СПб., 1899;
23. Байбак В.В. Обязательственное требование как объект гражданского оборота. Дисс. на соиск. уч. степ. к-та юрид. наук. СПб, 2004;
24. Барон Ю. Система римского гражданского права. СПб., 2005;

25. Бевзенко Р.С. Объекты гражданских правоотношений. М., 2010;
26. Белов В.А. Объект субъективного гражданского права, объект гражданского правоотношения и объект гражданского оборота: содержание и соотношение понятий. М., 2007;
27. Берновский К.О. Объект права. Хар., 1931;
28. Брагинский М.И. Договоры об играх и пари. М., 2006;
29. Брагинский М.И. К вопросу о соотношении вещных и обязательственных правоотношений. М., 1998;
30. Брагинский М.И. Сделки: понятия, виды и формы (комментарии к новому ГК РФ). М., 1995;
31. Брагинский М.И., Витрянский В. В. Договорное право. Книга первая: Общие положения. М., 2002;
32. Варуль П.А., Халлик Л.Я. Волеизъявление и сделка // Сборник статей к 55-летию Е.А. Крашенинникова. Яр., 2006;
33. Васьковский Е.В. Учебник гражданского права. М., 2003;
34. Васьковский Е.В. Учебник русского гражданского права. СПб., 1894;
35. Виндшейд Б. Учебник пандектного права. Т. 1. Общая часть. СПб., 1874;
36. Виноградов П.Г. Очерки по теории права. М., 1915;
37. Гай. Институции / Пер. с латинского Ф. Дыдынского / Под. ред. В.А. Савельева, Л.Л. Кофанова. М., 1997;
38. Гамбаров Ю.С. Гражданское право. СПб., 1911;
39. Гамбаров Ю.С. Обязательства с точки зрения общественной теории права // Юридический вестник. СПб., 1879;
40. Генкин Д.М. Право собственности в СССР. М., 1961;
41. Генкина Д.М. Доклад по вопросу классификации гражданских прав в советском гражданском праве // Советское государство и право. № 11. М., 1949;
42. Годэме Е. Общая теория обязательств. М., 1948;
43. Голевинский В. О происхождении и делении обязательств. Варшава, 1872;
44. Голунский С.А. и М.С. Строгович. Теория государства и права. М., 1940;
45. Гольмстен А. Учебник русского гражданского судопроизводства. СПб., 1889;
46. Гонгало Б.М. Учение об обеспечении обязательств. М., 2002;
47. Гражданское право. Учебник для юридических вузов / Под ред. М.М. Агаркова и Д.М. Генкина М., Т. I. 1944. С. 71;
48. Гражданское право: Учебник. Т. 1. 6-е изд. / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. М., 2003;
49. Grimm Д.Д. К учению об объектах прав // Журнал юридического общества при Императорском С.-Петербургском университете. СПб., 1905. С. 5 (соч.);
50. Grimm Д.Д. Лекции по догме римского права. М., 2003;
51. Grimm Д.Д. Юридическое отношение и субъективное право. СПб., 1897;
52. Дернбург Г. Пандекты. Т. II. Вещное право. М., 1906;
53. Дернбург Г. Пандекты. Т. I. Общая часть. М., 1906;
54. Дождев Д.В. Римское частное право. М., 2008;
55. Дозорцев В.А. Интеллектуальные права: Понятие; Система; Задачи кодификации.
56. Дювернуа Н.Л. Чтения по гражданскому праву. Т. 2. Учение о вещах. Учение о юридической сделке. М., 2015;
57. Ем В.С. Категория обязанности в советском гражданском праве (вопросы теории). Дисс. на соиск. уч. степ. к-та юрид. наук. М., 1981;
58. Ефимов В.В. Догма римского права. СПб., 1894;
59. Ефимова Л.Г. Банковское право. М., 1994;
60. Зенин И.А. Взаимосвязь абсолютных и относительных прав в сфере научно-технического прогресса. Тарту, 1990;
61. Иеринг Р. Об основании защиты владения. М., 1883;

62. Иоффе О.С. Избранные труды. Т. 1. СПб, 2003;
63. Иоффе О.С. Спорные вопросы учения о правоотношении // Иоффе О.С. Избранные труды по гражданскому праву. М., 2000;
64. Канторович Я.А. Основные идеи гражданского права. Харьков, 1928;
65. Карапетов А.Г. Зависимость условия от воли сторон уловной сделки в контексте реформы гражданского права // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации № 7. М., 2009;
66. Кашанин А.В. Развитие учения о форме и содержании произведения в доктрине авторского права. Проблема охраноспособности содержания научных произведений // Вестник гражданского права. № 2. 2010;
67. Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права. СПб., 1897;
68. Крашенинников Е.А. К вопросу о «собственности на требование» // Очерки по торговому праву: сборник научных статей. Вып. 12. Яр., 2005;
69. Кривцов А.С. Абстрактные и материальные обязательства в римском и современном гражданском праве. <https://civil.consultant.ru/elib/books/5/>. Дата обращения: 14.03.2020;
70. Кукольник В. Российское частное гражданское право. Ч. 1. СПб., 1813;
71. Лапач В.А. Система объектов гражданских прав: теория и судебная практика. СПб, 2002;
72. Лебедев С. Краткий курс русского гражданского права. Харьков, 1915;
73. М., 2003;
74. Магазинер Я.М. Объект права // Правоведение. М., 2000. № 6. С. 203;
75. Магазинер Я.М. Советское хозяйственное право. Л., 1928;
76. Магазинер Я.М. Избранные труды по общей теории права. СПб., 2006;
77. Малышев К.И. Курс гражданского права, составленный по лекциям, читанным в 1880/81 академическом году. СПб., 1880;
78. Марецолль Т. Учебник римского гражданского права. М., 1867;
79. Маркс К. Капитал. Критика политической экономии. Т. 1. К. 1: процесс производства капитала. М., 1952;
80. Мейер Д.И. Русское гражданское право. Пг., 1915;
81. Морандьер Л.Ж. Гражданское право Франции. Т. 2. М., 1960;
82. Мурзин Д. В. Ценные бумаги – бестелесные вещи. Правовые проблемы современной теории ценных бумаг. М., 1998;
83. Муромцев С. А. Гражданское право древнего Рима. М., 1883;
84. Муромцев С. А. Очерки общей теории гражданского права. М., 1877;
85. Нерсесов Н.О. О бумагах на предъявителя с точки зрения гражданского права. М., 1889;
86. Нечаев В.М. Теория договора. М., 1888;
87. Новицкий И.Б. Римское право. М., 2005;
88. Петражицкий Л.И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. СПб., 2000;
89. Пиленко А.А. Право изобретателей. СПб, 1902;
90. Победоносцев К.П. Курс гражданского права. Первая часть: Вотчинные права. М., 2002;
91. Покровский И.А. История римского права. СПб., 1917;
92. Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. М., 2013;
93. Понкин И.В. История развития права интеллектуальной собственности // Юридическая наука. № 3. М., 2013;
94. Попондопуло В.Ф. Абсолютные (монопольные) права предпринимателя // Правоведение. № 1. М., 1994;
95. Право интеллектуальной собственности. Т. 1 Общие положения: Учебник / Под общ. ред. Л.А. Новоселовой. М., 2017;

96. Право интеллектуальной собственности: общее учение. Авторское право и смежные права: учебное пособие для вузов / Н.В. Щербак. М., 2020;
97. Протасов В.Н. Правоотношение как система. М., 1991;
98. Протасов В.Н. Правоотношение как система. М., 1991;
99. Радищев А.Н. Проект Гражданского Уложения.
https://rvb.ru/18vek/radishchev/01text/vol_3/04legal/053.htm;
100. Римской частное право. Учебник / Под ред. И.Б. Новицкого и И.С. Перетерского. М., 2010;
101. Райхер В. К. Абсолютные и относительные правоотношения. (К проблеме хозяйственных прав). В особенности применительно к советскому праву // Вестник гражданского права. Научный журнал. № 2: Т. 7. М. 2007;
102. Саватье Р. Теория обязательств. М., 1972;
103. Савиньи К. ф. Система современного римского права. Т. 1. М., 2011;
104. Сенчищев В.И. Объект гражданского правоотношения // Актуальные проблемы гражданского права. М., 1999;
105. Серебровский В.И. Очерки советского наследственного права. М., 1953;
106. Сеницын С.А. Абсолютная защита относительных прав: причины, последствия и соотношение с принятой классификацией субъективных прав // Вестник гражданского права. № 1. 2015;
107. Сеницын С.А. Абсолютные и относительные субъективные права. Общее учение и проблемы теории гражданского права. Сравнительно-правовое исследование: монография. М., 2015;
108. Тарановский Ф.В. Учебник энциклопедии права. Юрьев, 1917;
109. Томсинов В.А. Понятие договора в проекте гражданского уложения Российской Империи конца XIX – начала XX века // Вестник Московского Университета. № 5. М., 2018;
110. Тон А. Правовая норма и субъективное право. Исследования по общей теории права // Вестник гражданского права. № 4, 5. М., 2010;
111. Третьяков С.В. Юридическая природа автономии воли в международном частном праве. Дисс. на соиск. уч. степ. к-та юрид. наук. М., 2003;
112. Трубецкой Е.Н. Лекции по энциклопедии права. М., 1909;
113. Туктаров Ю.Е. Имущественные права как объекты гражданского оборота. М., 2003;
114. Флейшиц Е.А. Личные права в гражданском праве СССР и капиталистических стран. Дисс. на соиск. уч. степ. д-ра юрид. наук. Л., 1939;
115. Халфина Р.О. Советская теория гражданского права // Советское государство и право. № 10. М., 1969;
116. Хвостов В.М. Общая теория права: Элементарный очерк. М., 1905;
117. Хвостов В.М. Система римского права. М., 1996 [СПб., 1910];
118. Черепашин Б. Б. Приобретение права собственности по давности владения // Труды по гражданскому праву. М., 2001;
119. Чижов Н.Е. Введение в изучение права (Энциклопедия права). Одесса, 1908;
120. Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. М., 1911;
121. Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. Т. 1. М., 1914;
122. Щербаков Н.Б. Алеаторные сделки. М., 2013;
123. Щербаков Н.Б. Основные подходы к определению юридической природы «алеаторных сделок» // Вестник гражданского права. № 1. 2006;
124. Эннексерус Л. Курс германского гражданского права. Т.1. П.Т. 1. М., 1949;
125. Эртманн В. О структуре субъективных частных прав // Вестник гражданского права. № 3. М., 2007;
126. Anson W. Law of Contract. 1979;
127. Benson P. The Unity of Contract Law in The Theory of Contract Law: New Essays. 2001;

128. Birks P. The Roman Law Concept of Dominion and the Idea of Absolute Ownership. 1985;
129. Bronaugh R. Agreement, Mistake, and Objectivity in the Bargain Theory of Conflict // Wm. & Mary Law Review. 1976. <https://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol18/iss2/2>. Дата обращения: 14.03.2020;
130. Calabresi G. The Decision for Accidents // Harvard Law Review. Vol. 78. 1975;
131. Coninck J. Parsimony in Contract Law. The Case of the Potestative Condition. 1981;
132. Dent C. Generally Inconvenient: The 1624 Statute of Monopolies as Political Compromise // Melbourne University Law Review. 2009;
133. Eldredge L. Culpable Intervention as Superseding Cause // University of Pennsylvania Law Review and American Law Register. 1937;
134. Ellickson R. Bringing culture and human frailty to rational actors Chicago. 1989;
135. Fichte J. G. Proof of the Illegality of Reprinting: A Rationale and a Parable / trans. Martha Woodman. <https://case.edu/>. Дата обращения: 14.03.2020.
136. Fisher W. Theories of intellectual property. <https://cyber.harvard.edu/people/tfisher/iptheory.pdf>. Дата обращения: 14.03.2020;
137. Fried C. Contract as Promise: A Theory of Contractual Obligation. Cambridge. 1981;
138. Giglio F. Pandectism and the galian classification of things // The University of Toronto Law Journal, Vol. 62, No. 1. 2012;
139. Gordley J. Foundations of Private Law. Property, Tort, Contract, Unjust Enrichment. 2006;
140. Gretton G. Ownership and Its Objects. 2007;
141. Hauhart R. The Origin and Development of the British and American Patent and Copyright Laws // Whittier Law Review. 1983;
142. Holmes O. The common law, Boston. 1881 Vol. VII – VIII;
143. Intellectual Property / Stanford Encyclopedia of Philosophy <https://plato.stanford.edu/entries/intellectual-property>. Дата обращения: 14.03.2020;
144. Intellectual Property Act. 2014;
145. Katz A. Intentional Interference with Contractual Relations: A Transactional Approach. 2012;
146. Klitzke R. Historical Background of the English Patent Law // Journal of the Patent Office Society. 1959;
147. Landes W., Posner R. An Economic Analysis of Copyright Law // Journal of Legal Studies № 18. 1989;
148. Landes W. and Posner R. Trademark Law: An Economic Perspective // Journal of Law and Economics № 30. 1987;
149. Macaulay S. Non-contractual relations in business: A preliminary study // American Sociological Review. 1963;
150. Macdonald R. Reconceiving the Symbols of Property: Universalities, Interests and Other Here. 1994;
151. McClure D. Trademarks and Competition: The Recent History: Law and Contemporary Problems. 1996;
152. McKendrick E. Contract law. Text, Cases and Materials. 2010;
153. Nicholas B. The French Law of Contract. Oxford, 2003;
154. Smith S. Contract Theory. 2004;
155. Treitel G.H. The Law of Contract. London, 2003;
156. Tversky A., Kahneman D. Rational Choice and the Framing of Decisions // The Journal of Business. Vol. 59. № 4. Part 2. The Behavioral Foundations of Economic Theory. 1986.