

МОСКОВСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ УНИВЕРСИТЕТ

имени М.В. Ломоносова

ЮРИДИЧЕСКИЙ ФАКУЛЬТЕТ

Кафедра предпринимательского права

Курсовая работа по теме:

«Отказ от права и пределы свободы предпринимательства:

доктрины waiver, estoppel, variation»

Выполнила студентка

Ермолаева Валерия Алексеевна

Научный руководитель

Доктор юридических наук, профессор

Губин Евгений Парфирьевич

Дата представления курсовой работы в учебный отдел:

«\_\_» \_\_\_\_\_ 201\_\_ г.

Дата сдачи научному руководителю: «\_\_» \_\_\_\_\_ 201\_\_ г.

Дата защиты курсовой работы: «\_\_» \_\_\_\_\_ 201\_\_ г.

Оценка: \_\_\_\_\_

Москва

2019 г.

## Оглавление

<b>ВВЕДЕНИЕ.....</b>	<b>с.3-5.</b>
<b>Глава 1. Общие положения института отказа от права.....</b>	<b>с.6-20.</b>
Параграф 1. Правовая природа отказа от права.....	с.6-17.
Параграф 2. Соотношение отказа от права со схожими правовыми институтами.....	с.17-20.
<b>Глава 2. Доктрины waiver, estoppel, variation в зарубежном праве....</b>	<b>с.21-28.</b>
Параграф 1. Отказ от права в англо-американском праве.....	с.21-26.
Параграф 2. Отказ от права по германскому праву.....	с.26-27.
Параграф 3. Отказ от права по французскому праву.....	с.27-28.
<b>Глава 3. Отказ от права и свобода предпринимательства в современном российском праве.....</b>	<b>с.29-39.</b>
Параграф 1. Отказ от права в правовых позициях российских судов.....	с.31-35.
Параграф 2. Свобода предпринимательской деятельности.....	с.35- 39.
<b>ЗАКЛЮЧЕНИЕ.....</b>	<b>с.40-41.</b>
<b>БИБЛИОГРАФИЯ.....</b>	<b>с.42-47.</b>

## Введение

В соответствии с ч.1 ст. 8 Конституции Российской Федерации<sup>1</sup> свобода экономической деятельности является одной из основ конституционного строя российского государства.

Ч. 1 Ст. 34 Конституции РФ гарантирует каждому право на свободное использование своих способностей и имущества для предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности, а ч. 1 ст. 37 Конституции – свободу труда.

При этом в силу ст. 55 Основного закона Российской Федерации не должны издаваться законы, отменяющие или умаляющие права и свободы человека и гражданина.

Свободные рыночные отношения, лежащие в основе российского экономического оборота на современном этапе его развития, ставят новые вызовы перед правом. Однако правовая форма не всегда успевает за динамикой общественных отношений. «Главная причина несовершенства законодательства заключается в том, что оно не отражает реальные потребности рыночной экономики, экономической политики и практики<sup>2</sup>».

Например, разработчики Концепции гражданского законодательства в п. 2.2.3. названного документа называют одним из часто применимых инструментов в отношениях факторинга отказ должника от возражений. Причем такой отказ осуществляется им за вознаграждение или при условии определенных уступок со стороны кредитора. Тем не менее, «институт такого отказа российскому законодательству...не известен<sup>3</sup>».

В переходный период 1990-х гг. из плановой советской экономики

---

<sup>1</sup> Конституция Российской Федерации // СПС КонсультантПлюс

<sup>2</sup> Губин Евгений Парфирьевич Государство и бизнес в условиях правовых реформ // Журнал российского права. 2015. №1 (217). URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/gosudarstvo-i-biznes-v-usloviyah-pravovyh-reform> (дата обращения: 03.02.2019).

<sup>3</sup> "Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации" (одобрена решением Совета при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства от 07.10.2009) // СПС КонсультантПлюс

к свободе рынка законодатель из патерналистских соображений составил п. 2 ст. 9 ГК РФ<sup>4</sup> (отказ от осуществления права не прекращает само право, по общему правилу) как ограничивающий возможности субъектов отказаться от права. Такой подход законодателя был воспринят судами, которые «в ряде случаев не только признавали ничтожными непосредственно отказы от прав, но и не допускали негативные обязательства и вообще любые ограничения осуществления прав<sup>5</sup>». Отказавшееся от прав лицо могло затем восстановить его в судебном порядке, что не считалось злоупотреблением правом.

В Концепции указано, что правило п. 2 ст. 9 ГК РФ «очевидно, не соответствует современному уровню развития отечественного гражданского оборота, *особенно в сфере предпринимательской деятельности*<sup>6</sup>».

**Актуальность** выбранной темы обусловлена скромной научной разработанностью<sup>7</sup> исследуемого правового феномена и высоким практическим интересом применения «отказа от права». Данный правовой феномен особенно ярко проявляет себя при структурировании сложных сделок<sup>8</sup> в виде обязанностей кредиторов воздерживаться от реализации прав на обращение в суд о взыскании просроченной задолженности (в рамках реструктуризации), в виде корпоративных соглашений (конкурентных оговорок, воздержания от голосования, отказа от права на выход из общества, продажу долей (акций) третьим лицам), а также в виде условий об отказе от права на оспаривание ранее совершенных сделок по соглашению M&A.

---

<sup>4</sup> «Отказ граждан и юридических лиц от осуществления принадлежащих им прав не влечет прекращения этих прав, за исключением случаев, предусмотренных законом».

<sup>5</sup> Формы и последствия отказа от осуществления прав по договору в свете реформы российского гражданского законодательства. Опыт цивилистического исследования: сборник статей / А.Е. Агеенко, И.И. Акимова, В.А. Волгина и др.; рук. авт. кол. и отв. ред. А.М. Ширвиндт, Н.Б. Щербаков. М.: Статут, 2018. Вып. 2. 368 с. // СПС КонсультантПлюс.

<sup>6</sup> Там же.

<sup>7</sup> На это обращают внимания такие авторы как Карапетов А.Г. («Правовая природа и последствия нарушения ковенантов в финансовых сделках»), Саркисян А.В., Новосельнов Д.А. («Об отказе от права и его последствиях») и многие другие. По данным Саркисяна А.В., Новосельнова Д.А., подтверждаемых информацией фонда российских диссертаций (<https://www.rsl.ru/ru/about/funds/disser>), на сегодняшний день известна только одна кандидатская диссертация на данную тему (Суханова Ю.В. Отказ от субъективных гражданских прав: Дис. ... канд. Юрид. наук. Самара, 2008).

<sup>8</sup> Саркисян А.В., Новосельнов Д.А. Об отказе от права и его последствиях. // СПС КонсультантПлюс

Особая научная ценность данной темы подтверждается необходимостью многостороннего анализа: от выявления правовой природы отказа от права до его соотношения с другими правовыми институтами.

**Цель работы:** доказать, что отказ от права представляет собой выражение свободы предпринимательской деятельности и потому может быть ограничен лишь в случаях, предусмотренных законом.

**Объект исследования** – отказ от права как правовой институт российского предпринимательского права.

**Предмет исследования** – связь между отказом от права и свободой предпринимательской деятельности.

**Задачи:**

- 1) определить правовую природу отказа от права;
- 2) раскрыть соотношение института отказа от права со схожими правовыми формами;
- 3) охарактеризовать зарубежный опыт применения отказа от права на примере стран общего права и континентальной правовой семьи;
- 4) проанализировать российскую судебную практику на примере дел с участием предпринимателей.

Настоящая работа состоит из 3 глав, 7 параграфов, введения, заключения, библиографии.

## Глава 1. Общие положения института отказа от права

### Параграф 1. Правовая природа отказа от права

В толковом словаре В.И. Даля нет определения слову «отказ». Однако даны толкования его синонимов. Например, глаголы «отказывать», «отказать» означают «отвергать просьбу, не соглашаться, не хотеть или не мочь исполнить чье желание, не уступать<sup>9</sup>». Слово «отказная» в русском языке использовалось в двух значениях: как завещание или «*вообще отказное письмо, [которым] кто-либо...отказывается от прав, сана и пр.*<sup>10</sup>». В большом юридическом словаре под редакцией А.Я. Сухарева<sup>11</sup> также не приводятся определения слову «отказ» или словосочетанию «отказ от права». Тем не менее, данный институт существует в российском правопорядке.

Великий русский философ Н.А. Бердяев считал свободу актом творчества<sup>12</sup>. Договор как продукт творческой деятельности людей является, пусть не единственным, но основным инструментом выражения свободы людей распоряжаться своим правом.

Исходя из норм действующего законодательства, отказ от права возможен **как по договору** (и тогда он представляет собой заявление управомоченного лица о том, что оно не будет использовать это право), **так и по закону** (в частности, ст. 236 позволяет отказаться от права собственности, а п. 2 ст. 250 ГК РФ – от реализации преимущественного права покупки доли в общей долевой собственности).

П. 6 ст.450.1 ГК уточняет, что в тех случаях, когда право вытекает из договора и, соответственно, порождено волей сторон, осуществление данного

---

<sup>9</sup> Даль В.И. Толковый словарь живого великорусского языка в 4 т. Т. 2 – М.: Русский язык, 2000. [Электронный ресурс] // URL: <https://runivers.ru/upload/iblock/bda/Tolkovyi%20slovar%20Dalya%202.pdf> (дата обращения: 07.01.2019). С. 751.

<sup>10</sup> Там же. С. 752.

<sup>11</sup> См. Большой юридический словарь / Под ред. А.Я. Сухарева, В.Е. Крутских / А. И. Алексеев, Л. П. Ануфриева, В. В. Бойцова и др. — М.: Норма, 2000. — 623 с.

<sup>12</sup> Бердяев Н.А. Философия свободы. Смысл творчества. М., 1989. С. 370.

права может быть заблокировано посредством волевого акта управомоченного лица (отказа от осуществления права). Данная статья не затрагивает права, вытекающие из корпоративных, наследственных, семейных или иных частноправовых отношений, не оформленных договором. **Потому фокус нашего внимания в данной работе будет направлен на отказ от права по договору** и тем более не будет касаться публичных прав, хотя данный правовой институт применяется и в этой сфере<sup>13</sup>.

Следует отметить, что **к моменту осуществления отказа от права это право должно уже существовать**<sup>14</sup>. Данный тезис может быть подтвержден прямым указанием п. 6 ст. 450.1 ГК РФ, согласно которому отказ от права может быть реализован только при наличии оснований для осуществления права по договору.

Формулировка п. 6 ст. 450.1 ГК РФ также указывает на то, что отказ от права по договору допустим **только в предпринимательских отношениях**.

### **Соотношение отказа от права и отказа от осуществления права.**

Вопреки распространенной точке зрения п.2 ст. 9 ГК РФ не запрещает отказ от права, он лишь подчеркивает, что **отказ от осуществления** права не прекращает само право, *если иное не предусмотрено в законе*.

**Ключевое отличие** «отказа от права» от «отказа от осуществления права» заключается в том, что однажды отказавшись от права, лицо теряет возможность его восстановления. Однако нет оснований полагать, что разграничение понятий «отказ от права» и «отказ от осуществления права»

---

<sup>13</sup> Например, в постановлении Конституционного Суда РФ от 30.11.2000 N 15-П «По делу о проверке конституционности отдельных положений Устава (Основного Закона) Курской области в редакции Закона Курской области от 22 марта 1999 года "О внесении изменений и дополнений в Устав (Основной Закон) Курской области» Суд решил, что у местного населения **нет права на отказ от осуществления местного самоуправления**.

<sup>14</sup> Саркисян А.В., Новосельнов Д.А. Об отказе от права и его последствиях // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2017. N 4. С. 100 и далее // СПС КонсультантПлюс

носит какой-либо практически значимый характер, ведь «в обоих случаях попытки реализовать это право не будут иметь юридической силы<sup>15</sup>».

Дело в том, что основное последствие отказа от права, как и отказа от осуществления права, заключается в потере возможности лица восстановить свое право посредством судебной или иной правовой защиты. Следовательно, даже при сохранении гипотетической возможности оживить «замороженное» право, сделать это нельзя. В данном случае уместно привести позицию выдающегося советского правоведа М.М. Агаркова: если **осуществить** право невозможно в принудительном порядке – значит, **права уже нет**, оно было прекращено<sup>16</sup>.

Тем более, «если отказ от осуществления права наделять правопрекращающим эффектом, то категории **«отказ от права»** и **«отказ от осуществления права»** полностью совпадают<sup>17</sup>».

На основе анализа научной литературы можно вывести два ключевых аспекта общих положений института отказа от права: 1) сущность данного правового института; 2) соотношение отказа от права со схожими правовыми конструкциями.

Применительно к первому аспекту современная российская доктрина предлагает разнообразие подходов. В целях настоящего исследования представляется обоснованным охарактеризовать каждую из обнаруженных автором позиций.

## **1. Отказ от права как элемент правоспособности**

---

<sup>15</sup> Карапетов, А. Г. Правовая природа и последствия нарушения ковенантов в финансовых сделках // Частное право и финансовый рынок: Сб. ст. Вып. 1. – М.: Статут, 2011. – 367 с // СПС «КонсультантПлюс»

<sup>16</sup> Обязательство по советскому гражданскому праву. Ученые труды ВИЮН. Вып. 3 / Агарков М.М. - М.: Юрид. изд-во НКЮ СССР, 1940. С. 60.

<sup>17</sup> Формы и последствия отказа от осуществления прав по договору в свете реформы российского гражданского законодательства. Опыт цивилистического исследования: сборник статей / А.Е. Агеенко, И.И. Акимова, В.А. Волгина и др.; рук. авт. кол. и отв. ред. А.М. Ширвиндт, Н.Б. Щербаков. М.: Статут, 2018. Вып. 2. 368 с. // СПС КонсультантПлюс.



Под правоспособностью понимают способность лица быть носителем гражданских прав и обязанностей<sup>18</sup>.

При буквальном (формальном) понимании правоспособности отказ от права можно рассматривать только как еще одно субъективное право. Однако некоторые ученые считают, что само по себе **субъективное право не является элементом правоспособности**. «Считая субъективные гражданские права "элементами" гражданской правоспособности, пришлось бы признать, что правоспособность возникает и существует в течение известного времени без каких бы то ни было «элементов»<sup>19</sup>». Правоспособность – это необходимый минимум для возникновения субъективных прав, их реализации: «правоспособность... как самостоятельная категория имеет значение и ценность лишь в качестве выражения абстрактной, т.е. общей, возможности быть носителем прав и обязанностей<sup>20</sup>».

Следовательно, отказ от права не является элементом правоспособности в ее формальном понимании. Далее в настоящей работе приведена аргументация, почему отказ от права нельзя считать и субъективным правом.

## **2. Существует право на отказ от права**

Традиционно к определению термина «право» применяются два подхода. Право рассматривают в **объективном смысле** как позитивное (то есть совокупность установленных государством и обеспеченных его принудительной силой общеобязательных социальных норм) или естественное (социальные нормы, предопределенные самой природой, человеческим разумом), а также в **субъективном смысле** как вид и меру возможного поведения субъекта<sup>21</sup>. Единство двух подходов нашло отражение в работах немецкого правоведа Рудольфа фон Иеринга, который считается

---

<sup>18</sup> Там же. С. 420-421.

<sup>19</sup> Братусь С.Н. Субъекты гражданского права. М.: Госюриздат, 1950 // СПС КонсультантПлюс

<sup>20</sup> Указ. соч. С. 5, 6, 13.

<sup>21</sup> Большой юридический словарь / Под ред. А.Я. Сухарева, В.Е. Крутских / А. И. Алексеев, Л. П. Ануфриева, В. В. Бойцова и др. — М.: Норма, 2000. С. 409 – 410.

основоположником теории интереса в праве. Согласно его учению первопричиной любого субъективного права выступает потребность или интерес человека<sup>22</sup>, позитивное же право должно служить защитой или гарантией этих субъективных прав. Логика учения Иеринга соответствует распространенным представлениям о соотношении права и свободы. Свободу часто связывают с понятиями возможности и ответственности<sup>23</sup>. Данная связь проявляется в следующем: возможности субъекта правоотношения выражаются в объеме предоставленных ему субъективных прав, в то время как ответственность за неправомерное осуществление этих прав устанавливается позитивным правом.

Современные авторы также считают психолого-социологический подход к определению интереса в праве наиболее верным. Они отмечают, что интерес представляет собой «нечто производное от потребности (нехватки чего-либо)<sup>24</sup>». Причем интерес, в отличие от желания, способен формировать цель или направление деятельности субъекта. В таком случае предприниматель как профессиональный участник рынка, имея определенные субъективные права, осуществляя их *своей волей и в своем интересе*, уже представляет себе цель (то есть результат) своего юридически значимого действия. Иными словами, отказываясь от права, лицо, осуществляющее предпринимательскую деятельность, делает это «не просто так», а с определенной, экономически обусловленной, целью.

Учитывая все выше изложенное, можно предположить, что если бы отказ от права можно было назвать отдельным видом субъективного права, тогда:

- 1) Следовало бы признать, что возможность реализовать такое право находится полностью в воле управомоченного лица. Любые

---

<sup>22</sup> Иеринг Р. Под ред.: В.Р. Лицкой (Пер.); Пер.: Н.Ф. Дерюжинский, Н.В. Муравьев. — СПб.: Изд. Н.В. Муравьева, 1881. С. 196.

<sup>23</sup> «Свободное действие человека всегда предполагает его ответственность перед обществом за свой поступок» – цит. по: Алексеев П.В., Панин А.В. Философия: учебник. - 4-е изд., перераб. и доп. - Москва : Проспект, 2015. С. 520.

<sup>24</sup> Рыженков А.Я. Действие своей волей и в своем интересе как принцип гражданского законодательства // Юрист. 2014. N 16. С. 16 - 21. // СПС КонсультантПлюс

ограничения осуществления такого права должны были бы носить характер санкции.

Однако в действующем законодательстве, наоборот, возможность отказаться от права ограничена установлениями закона, иных правовых актов или договора (ст. 450.1 ГК РФ).

2) Необходимо было бы признать самостоятельность такого права по отношению к правам, от которых осуществляется отказ.

Тем не менее в литературе отмечается, что реализовать отказ от права возможно только при наличии уже существующего права. Невозможно иметь «право на отказ» от права, которое еще, например, не возникло.

3) Некоторые авторы отмечают, что понятие «право в субъективном смысле» шире понятия «субъективное право», так как последнему **всегда корреспондирует обязанность**<sup>25</sup>. При этом сущность юридической обязанности состоит в необходимости поступать или не поступать так, как того требует человеческое общежитие, общество (что обусловлено **социально детерминированной необходимостью**<sup>26</sup> определенного поведения).

Признавая существование субъективного права «на отказ от права» и следуя данной логике, придется определить корреспондирующую обязанность. По сути, при отказе от права корреспондирующая обязанность «падает» на лицо, отказывающееся от своего субъективного права. «Управомоченный» сам себя ограничивает, создавая обязанность не осуществлять субъективное право. В случае, если лицо, отказавшееся от права, все же его осуществит, оно не получит правовой защиты. Например, кредитор, безвозмездно простивший долг, уже не может требовать с должника возврат долга. В случае, когда лицо отказывается от права для получения возможности

---

<sup>25</sup> Белов В.А. Гражданское право. Общая часть. Т. I. Введение в гражданское право: учебник/В.А. Белов. – М.: Издательство Юрайт, 2011. С. 18.

<sup>26</sup> См. дис. ... канд. юрид. наук / В. Ем; МГУ им. М.В. Ломоносова. - М., 1981. - 209 с.

вступить в определенные контрактные отношения (например, отказывается от права вступать в экономические отношения с определенным поставщиком на время действия договора с контрагентом), подобный институт становится негативным обязательством (ковенантом).

Таким образом, институт отказа от права не представляет собой отдельное субъективное право.

### 3. Отказ от права как правомочие

«Правомочие – это предусмотренная законом возможность участника правоотношения совершать определенные действия или требовать известных действий от другого участника этого правоотношения. Реальность П. *гарантируется государством....* П. может быть самостоятельным субъективным правом или одним из его компонентов<sup>27</sup>».

В германской правовой доктрине распространена точка зрения, согласно которой отказ от права является элементом права<sup>28</sup>.

В научной литературе распространена точка зрения, согласно которой субъективное право представляет собой совокупность ряда возможностей: «осуществить право своими собственными действиями; требовать определенного поведения от обязанного лица; обратиться к компетентным государственным или общественным органам с требованием защиты нарушенного или оспариваемого права<sup>29</sup>». Однако в литературе не было предположений о том, что отказ от права может входить в структуру этого субъективного права.

---

<sup>27</sup> Большой юридический словарь / Под ред. А.Я. Сухарева, В.Е. Крутских / А. И. Алексеев, Л. П. Ануфриева, В. В. Бойцова и др. — М.: Норма, 2000. — С. 419.

<sup>28</sup> Windscheid В., Kipp Т. Lehrbuch des Pandektenrechts. 9. Aufl. 1906. S. 318. – цит. по: Саркисян А.В., Новосельнов Д.А. Об отказе от права и его последствиях // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2017. N 4. С. 93 - 131. // СПС КонсультантПлюс.

<sup>29</sup> Грибанов В. П. Осуществление и защита гражданских прав. Изд. 2-е, стереотип. - М.: "Статут", 2001. - 411 с. (Классика российской цивилистики). // СПС [http://civil.consultant.ru/elib/books/1/page\\_13.html](http://civil.consultant.ru/elib/books/1/page_13.html) (дата обращения: 10.01.2019).

Под субъективным правом Е.А. Крашенинников понимал предоставленную лицу гражданско-правовой нормой в целях удовлетворения его интереса меру возможного поведения, которая включает в себя **правомочие на свои действия и правомочие на чужие действия (требования)**<sup>30</sup>. Двучленную конструкцию субъективного права ученый выводил из соотношения регулятивного и охранительного правоотношения.

По мнению С.С. Алексева, в структуре субъективного права находится **единственная возможность требовать предписанное поведение от обязанного лица**<sup>31</sup>. Данная позиция была подвергнута критике, потому как для удовлетворения требования кредитора ему необходимо принять предоставление, что возможно только при условии, когда в структуру его субъективного права входит также правомочие на собственные действия.

В.П. Грибанов считал, что субъективное право складывается из **трех правомочий**: право-поведение, право-требование и право-защиты. Согласно данному подходу в случае невозможности принудительного осуществления права (например, в случае утраты правовой защиты отказанного права) само право не исчезает, а лишь утрачивает правомочие на защиту. То есть одно правомочие не оказывает влияния на другие.

Следуя данной логике, можно предположить, что отказ от права присутствует внутри правовой формы субъективного права постоянно. Однако при реализации данного «правомочия», оставшиеся правомочия сохраняют свое действие, следовательно, отказ от права нельзя считать правомочием.

Некоторые авторы (Н.И. Матузов, А.В. Малько) выделяют четырехчленную конструкцию субъективного права.

---

<sup>30</sup> Очерки по торговому праву: сборник научных трудов / Под ред. Е.А. Крашенинникова; Яросл. Гос. ун-т – Ярославль: ЯрГУ, 2006. – Вып. 13. С. 5.

<sup>31</sup> Общая теория права. С. С.Алексеев. Курс в двух томах. Москва. 1982. том II. Общая теория права. В двух томах. Т. II – М.: Юрид. лит. 1982. – 360 с. [Электронный ресурс] // URL: <https://litresp.ru/chitat/ru/A/alekseev-sergej-sergeevich/obschaya-teoriya-prava-tom-ii/4> (дата обращения: 07.01.2019).

Тем не менее, можно привести такой аргумент против попыток считать отказ от права правомочием. Данный институт не может быть самостоятельным правомочием, так как **входит в полномочие распоряжения правом или правомочие на свои действия.**

Из указанного выше следует, что отказ от права нельзя признать правомочием.

#### **4. Секундарное право или проявление динамической правоспособности субъекта**

Основное отличие секундарного права от обыкновенного субъективного права заключается в отсутствии встречной обязанности у другой стороны правоотношения<sup>32</sup>. Основоположник теории секундарных прав Э. Зеккель определил их как субъективные права, способные в одностороннем порядке изменить правоотношение<sup>33</sup>. Отсутствие противостоящей обязанности и односторонний характер такого правового явления как секундарное право выделял и А.Э. Вормс<sup>34</sup>.

Советский ученый-правовед М.М. Агарков считал, что секундарные права являются проявлениями «динамической правоспособности» - возможности лица «иметь определенные конкретные права и обязанности в зависимости от его взаимоотношений с другими лицами<sup>35</sup>».

Однако понятие «секундарное право» охватывает не только случаи отказа от права (напр., прощение долга). Интересна позиция А.Г. Певзнера, который делил секундарные права на две группы: 1) права, являющиеся

---

<sup>32</sup> Бабаев Алексей Борисович. Проблема секундарных прав в российской цивилистике : Дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 Москва, 2006. С. 49-50.

<sup>33</sup> Зеккель Э. Секундарные права в гражданском праве // Вестник гражданского права. 2007. N 2. // СПС КонсультантПлюс

<sup>34</sup> См. Глушкова Е.А. Преимущественные гражданские права и секундарные права: проблемы соотношения // Современное право. 2016. N 8. С. 47 - 52. // СПС КонсультантПлюс

<sup>35</sup> Обязательство по советскому гражданскому праву. Ученые труды ВИЮН. Вып. 3 / Агарков М.М. - М.: Юрид. изд-во НКЮ СССР, 1940. С. 72.

предпосылками возникновения правоотношения; 2) права, уже входящие в состав существующего правоотношения<sup>36</sup>.

Элемент связанности отказа от права с существующим правоотношением доказывать не приходится. Тем не менее, представляется невозможным распространить категорию секундарных прав на все случаи отказа от права именно потому, что отказ от права не всегда изменяет правоотношение между сторонами. Так, отказ от вступления в торговые отношения с лицом А ради заключения договора с контрагентом Б безусловно влияет на отношение отказавшегося от права лица с Б, но никак не влияет на правоотношение между отказавшимся и А.

## **5. Отказ от права как односторонняя распорядительная сделка**

После появления в ГК РФ обсуждаемой новеллы российская доктрина исходила из того, что waiver является односторонней сделкой<sup>37</sup>. Действительно, формулировка ГК РФ не требует второго волеизъявления, но в то же время не исключает его наличия. Поэтому с практической точки зрения ответ на вопрос зависит от позиции судебной практики, которая в настоящее время допускает оба варианта - и соглашение, и одностороннюю сделку.

Несмотря на скромную научную разработанность проблемы отказа от права большинство ученых считают, что данный институт представляет собой одностороннюю распорядительную сделку<sup>38</sup>. Следовательно, на отказ от права будут распространяться все последствия статуса сделки с некоторыми

---

<sup>36</sup> Певзнер А.Г. Понятие и виды субъективных гражданских прав: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 1961. С. 116 - 122.

<sup>37</sup> Карапетов А.Г. Отказ от договора, одностороннее изменение его условий и отказ от договорных прав по модели waiver: комментарий к ст. 450 и ст. 450.1 ГК // [https://zakon.ru/blog/2015/10/12/otkaz\\_ot\\_dogovora\\_odnostoronnee\\_izmenenij\\_ego\\_uslovij\\_i\\_otkaz\\_ot\\_dogovornyx\\_prav\\_po\\_modeli\\_waiver\\_ko](https://zakon.ru/blog/2015/10/12/otkaz_ot_dogovora_odnostoronnee_izmenenij_ego_uslovij_i_otkaz_ot_dogovornyx_prav_po_modeli_waiver_ko).

<sup>38</sup> См.: Саркисян А.В., Новосельнов Д.А. Об отказе от права и его последствиях // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2017. N 4. С. 100 и далее // СПС КонсультантПлюс, Суханова Ю.В. Отказ от субъективных гражданских прав: Дис. ... канд. юрид. наук. Самара, 2008. С. 34 - 35 и др.

особенностями, причиной которых выступает именно утрата права в результате такой сделки:

- «уменьшение актива управомоченной стороны посредством прекращения права без правопреемства;

- субъектный состав: распорядительные сделки действуют в отношении любых третьих лиц (inter omnes);

- управомоченность: для совершения распорядительной сделки (в том числе отказа от права) лицо должно обладать предметом распоряжения - субъективным правом;

- принцип специалитета: предмет распорядительной сделки должен быть **индивидуально-определенным**<sup>39</sup>»;

- в силу расширительной интерпретации п.2 ст. 168 ГК РФ отказ от права может быть признан ничтожной сделкой, если она противоречит закону и одновременно нарушает права третьих лиц (в случае отказа от права – лица или лиц, которым адресовано заявление об отказе от договора).

Этот подход разделяют и немецкие юристы. Они полагают, что отказ от права является абстрактной, распорядительной односторонней сделкой, юридически нейтральной в отношении безвозмездности. Для автора остается открытым **вопрос о безвозмездности отказа от права**, которую ряд правоведов считает основным условием данного института<sup>40</sup>. По своей экономической сути лицо, вступая в договорные отношения, получает некий актив. То есть в экономическую цену данного договора входит условие об отказе от какого-то права, что с точки зрения, например, представителей

---

<sup>39</sup> Саркисян А.В., Новосельнов Д.А. Об отказе от права и его последствиях // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2017. N 4. С. 93 - 131. // СПС КонсультантПлюс.

<sup>40</sup> Суханова Ю.В. Отказ от субъективных гражданских прав: Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Самара, 2008. С. 63.



школы экономического анализа права не может свидетельствовать о безвозмездности такого юридического действия<sup>41</sup>.

«Действительно, формулировка ГК РФ не требует второго волеизъявления, но в то же время не исключает его наличия. Поэтому с практической точки зрения ответ на вопрос зависит от позиции судебной практики, которая в настоящее время допускает оба варианта - и соглашение, и одностороннюю сделку<sup>42</sup>».

Обобщая вышеизложенное, мы приходим к выводу о том, что отказ от права представляет собой сделку, которая в зависимости от ситуации может быть односторонней и двусторонней, безвозмездной и возмездной.

## **Параграф 2. Соотношение отказа от права со схожими правовыми институтами**

### **1. Соотношение отказа от права с изменением договора**

В некоторых случаях отказ от права (например, встречного исполнения) можно рассматривать как способ изменения или правомерного расторжения договора.

Тем не менее, отказ от права, которое возникнет в будущем, сливается с односторонним изменением договора. «На практике это равнозначно тому, как если бы право не возникло вовсе<sup>43</sup>». Именно поэтому большинство ученых считают, что отказ от права возможен только при наличии уже существующего права.

### **2. Соотношение отказа от права с эстоппелем**

---

<sup>41</sup> См. Познер Р. А. Экономический анализ права : В 2-х т. /Пер. с англ, под ред. В. Л. Тамбовцева. СПб. : Экономическая школа, 2004. Т. 1. XX + – С. 30-31.

<sup>42</sup> Беляева К.К. Институт отказа от права в сравнительно-правовом контексте "Вестник гражданского права", 2017, N 3 // СПС "КонсультантПлюс".

<sup>43</sup> Формы и последствия отказа от осуществления прав по договору в свете реформы российского гражданского законодательства. Опыт цивилистического исследования: сборник статей / А.Е. Агеенко, И.И. Акимова, В.А. Волгина и др.; рук. авт. кол. и отв. ред. А.М. Ширвиндт, Н.Б. Щербаков. М.: Статут, 2018. Вып. 2. 368 с. // СПС КонсультантПлюс.

Нормы об эстоппеле уже активно применяются в арбитражной судебной практике, однако в научной литературе и публицистики до сих пор считаются новыми для российского правопорядка. Возможно, это связано с неоднозначным отношением ученых к данному институту.

«Эстоппель - принцип утраты права на возражение при недобросовестном или противоречивом поведении... в результате такого поведения сторона может лишиться права оспорить или расторгнуть договор<sup>44</sup>».

Отличием эстоппеля от отказа от права считают форму их осуществления. В случае с отказом необходимо **прямо выраженное волеизъявление управомоченного лица**, в то время как эстоппель является следствием **конклюдентных действий**<sup>45</sup>.

По мнению Н.С. Лашкова тот факт, что эстоппель представляет собой частный случай применения правил о добросовестности и запрета на злоупотребление правом, делает его излишним в российском праве<sup>46</sup>.

И.И. Акимова отмечает, что отказ от права в форме бездействия (конклюдентных действий) сливается с институтом эстоппеля<sup>47</sup>. Данная позиция автору данной работы представляется неверной.

На наш взгляд, **эстоппель гарантирует** лицам, полагавшимся на отказ от права неким субъектом, что у отказавшегося от своего права лица **больше не возникнет возможности осуществить свое право**.

### **3. Соотношение отказа от права с негативными обязательствами (ковенантами)**

---

<sup>44</sup> Обзор: "Эстоппель в гражданско-правовых спорах" (КонсультантПлюс, 2018) // СПС КонсультантПлюс

<sup>45</sup> Критический анализ возможности заимствования английских доктрин waiver и estoppel российским правом [Электронный ресурс] / Н.С. ЛАШКОВ // Закон .— 2016 .— №7 .— С. 108-118 .— Режим доступа: <https://rucont.ru/efd/416254>

<sup>46</sup> Там же.

<sup>47</sup> Формы и последствия отказа от осуществления прав по договору в свете реформы российского гражданского законодательства. Опыт цивилистического исследования: сборник статей / А.Е. Агеенко, И.И. Акимова, В.А. Волгина и др.; рук. авт. кол. и отв. ред. А.М. Ширвиндт, Н.Б. Щербаков. М.: Статут, 2018. Вып. 2. 368 с. // СПС КонсультантПлюс.

По мнению некоторых ученых, основное отличие между указанными институтами заключается в последствиях их нарушения.

Так, нарушение ковенанта выступает основанием для получения «кредитором права требовать компенсации убытков и применения иных санкций за нарушение договора, включая право на односторонний отказ от него<sup>48</sup>». В случае с отказом от права у стороны, однажды отказавшейся от права, **нет даже возможности нарушить свое обязательство**: например, **лицо не сможет взыскать неустойку**, если до этого оно от нее отказалось<sup>49</sup>.

Автору представляется, что ковенанты являются более узким понятием по отношению к отказу от права. **Разница** между данными правовыми конструкциями, на наш взгляд, **заключается в характере такого отказа**. В случае с ковенантами (например, не совершать сделок слияния и поглощения), которые некоторые авторы противопоставляют случаям отказа от права (прощение долга), у лица просто нет необходимости обращаться в государственные органы за принудительным осуществлением своего права, поэтому не возникает и вопроса о попытках восстановить такое право через, предположим, суд.

### **Ограничение отказа от права**

Отказаться от субъективного права возможно, только если характер этих прав позволяет отчуждать их без ограничения правового статуса лица.

1. «Сторона договора вправе перед своим контрагентом отказаться от своих субъективных гражданско-правовых прав (или лишить себя возможности реализовывать это право), вытекающих из двусторонних обязательственных правоотношений с ним, но **не может лишить себя иных прав, не вытекающих прямо из договорных правоотношений с участием данного контрагента** (например, от прав, вытекающих

---

<sup>48</sup> Карапетов, А. Г. Правовая природа и последствия нарушения ковенантов в финансовых сделках // Частное право и финансовый рынок: Сб. ст. Вып. 1. – М.: Статут, 2011. – 367 с // СПС «КонсультантПлюс»

<sup>49</sup> Указ соч.

из действующих или будущих правоотношений с иными лицами) или не носящих частноправовую природу (например, от права на иск или права на подачу заявления о банкротстве)<sup>50</sup>».

2. **Нельзя отказаться от прав, вытекающих из конституционно-правового статуса гражданина** (например, нельзя отказаться перед контрагентом от своего права работать по найму, у кого ему заблагорассудится иначе это нарушает конституционный принцип свободы труда).
3. Нельзя отказаться от прав, «не вытекающих прямо из договорных правоотношений с участием данного контрагента или не носящих частноправовую природу (например, от права на иск или права на подачу заявления о банкротстве)<sup>51</sup>».

Таким образом, по своей правовой природе отказ от права представляет собой одностороннюю распорядительную сделку, которая может признана ничтожной по общим основаниям недействительности сделок. Также реализация права, от которого однажды отказалось лицо, блокируется эстоппелем. При этом отказ от права в некоторых случаях может быть формой изменения договора. Все негативные обязательства, по нашему мнению, представляют собой случаи отказа от осуществления права. Спор о терминах «отказ от права» и «отказ от осуществления права» носит сугубо научный (возможно, схоластический) характер.

---

<sup>50</sup> Карапетов, А. Г. Правовая природа и последствия нарушения ковенантов в финансовых сделках // Частное право и финансовый рынок: Сб. ст. Вып. 1. – М.: Статут, 2011. – 367 с // СПС «КонсультантПлюс»

<sup>51</sup> Там же.

## Глава 2. Доктрины *waiver*, *estoppel*, *variation* в зарубежном праве.

### Параграф 1. Отказ от права в англо-американском праве

Основным источником общего права выступает прецедент. Именно суды и создали доктрину отказа от права (*waiver*). Причем некоторые авторы полагают, что сделано это было с целью обойти другую судебную доктрину – обязательного встречного исполнения<sup>52</sup>. Изучавшие не один год доктрину отказа от права авторитетные эксперты Sean Wilken и Karim Ghaly указывают на два метода определения судами понятия *waiver*: 1) как метод исключения, состоящий в том, что суды отделяют отказ от права от похожих правовых конструкций; 2) как метод «включения»: когда суды, исходя из конкретного случая, полагают, что здесь используется доктрина отказа от права<sup>53</sup>.

Автор разделяет позицию Edward L. Rubin, который полагает, что сущность отказа от права состоит в том, что иногда лицу выгоднее отказаться от права, чем его реализовать, например, лицо отказывается от процессуальной реализации своего права (отказ от права заявить иск) взамен на компенсацию потенциальным ответчиком<sup>54</sup>. Непременным условием применения доктрины видит в том, что стороны по сути приходят к тому же результату, как если бы одно лицо не отказалось от своего права<sup>55</sup>. Наоборот, отказываясь от права **обе стороны избегают судебных издержек, что с точки зрения экономического анализа абсолютно обосновано и разумно, особенно в среде профессионального сообщества.**

Некоторые авторы (К.К. Беляева) считают, что в англо-американском праве доктрина *waiver* появилась для обхода доктрины обязательного встречного предоставления. Именно критерий безвозмездности, по мнению Беляевой, отличает отказ от права в английской доктрине от изменения договора или *variation* или *modification*). При этом изменение договорных условий может

---

<sup>52</sup> Беляева К.К. Институт отказа от права в сравнительно-правовом контексте "Вестник гражданского права", 2017, N 3 // СПС "КонсультантПлюс".

<sup>53</sup> Sean Wilken, Karim Ghaly. The Law of Waiver Variation and Estoppel. 3d edition [Electronic source]. Oxford University Press» [2012]. Par. 3.06. URL: <http://b-ok.org/book/2384744/d357cc> (дата обращения: 05.11.2018).

<sup>54</sup> Rubin E.L. Toward a General Theory of Waiver // UCLA L. Rev. 1980 - 1981. Vol. 28. P. 488.

<sup>55</sup> Ibid. P. 537.

быть произведено только в той же форме, что и сам договор, тогда как *waiver* может отличаться от формы договора, предоставляющего отказанное право<sup>56</sup>.

### **Метод исключения. Соотношение *waiver*, *variation*, *estoppel***

В судебной практике английских судов отказ от права сравнивают с изменением условий договора (*variation*) и с принципом утраты права на возражения при недобросовестном поведении (*estoppel*).

Английские суды относительно *variation* исходят из доктринальных воззрений на изменение договора как на фактическое заключение нового договора, заменяющего предыдущий. Поэтому для изменения условий договора обязательно соблюдение формы его заключения. В частности в деле *Since Felthouse v Brindley*<sup>57</sup>, истец пытался купить у племянника лошадь, но цена не устроила продавца, тогда Felthouse направил ему новое предложение, на акцепт которого племянник никоим образом не выразил своего согласия и продал лошадь с аукциона. Felthouse взыскал с аукциониста Brindley 33 фунта стерлингов. Однако суд апелляционной инстанции отменил решение нижестоящего суда, указав, что для изменения первоначального условия договора необходимо получить явно и недвусмысленно выраженный акцепт.

При этом стороны должны согласиться на все существенные аспекты изменения договора и желать изменить его условия, в том случае, когда в договоре участвуют более 2 участников необходимо выражение согласия на изменение договора каждым из них, причем такое согласие должно быть выражено по свободной воле стороны. Условие об ответственности за несогласие на изменение договора ничтожно<sup>58</sup>.

К основным отличиям ***waiver*** от ***variation*** суды относят следующее:

- 1) Отказ от права не изменяет условий договора;

---

<sup>56</sup> Chitty on Contracts. 30th ed. Sweet & Maxwell, 2008. Vol. 1. 22-041.

<sup>57</sup> *Since Felthouse v Brindley* (1862) 11 CBNS 869; 142 ER 1037. URL:[http://casebrief.wikia.com/wiki/Felthouse\\_v\\_Bindley](http://casebrief.wikia.com/wiki/Felthouse_v_Bindley) (дата обращения: 26.12.2018)

<sup>58</sup> *Atlas Express Ltd v Kafco (Importers and Distributors) Ltd* [1989] QB 833. URL: <https://www.liuk.co.uk/duress/> (дата обращения: 26.12.2018)

- 2) Отказ представляет собой средство правовой защиты в случае нарушения договора контрагентом<sup>59</sup> (аналог российского института одностороннего отказа от договора);
- 3) Для внесения изменений в договор необходимо соблюдение классической схемы заключения договора: оферта – акцепт, в то время как для института отказа от права такое условие не является обязательным (примером может служить снова односторонний отказ от договора).

Обнаружить разницу между доктриной **отказа от права и эстоппелем** сложнее, потому как возникает необходимость не только отграничить указанные институты друг от друга, но и отделить их от доктрины election. В последнем случае лицо выбрав одно из альтернативных прав, отказывается от другого, причем тот факт, что лицо могло не осознавать в качестве последствий своих действий утрату альтернативного права irrelevant. Более того, waiver охватывает основания, по которым лицо само отказывается от возражений на иск, лишая себя защиты своего материального права. В данном случае перед нами ни что иное как эстоппель<sup>60</sup>.

К основным **отличиям waiver от estoppel** суды относят следующее:

- 1) Эстоппель возникает только тогда, когда есть основания полагать, что другая сторона полагалась на определенное поведение со стороны контрагента;
- 2) Для доктрины эстоппеля абсолютно не важно, желало ли лицо, лишенное своего права, таких последствий или нет, то есть у него нет возможности отменить действие эстоппеля;
- 3) Также для применения эстоппеля не имеет значения, желало ли лицо обмануть другую сторону или нет;

---

<sup>59</sup> Enrico Furst & Co v WE Fischer Ltd [1960] 2 Lloyd's Rep 340 per Devlin J at 349 col 2–350 col 1. URL: [https://www.isurv.com/info/455/cases/10216/kammins\\_ballrooms\\_co\\_ltd\\_v\\_zenith\\_investments\\_torquay\\_ltd](https://www.isurv.com/info/455/cases/10216/kammins_ballrooms_co_ltd_v_zenith_investments_torquay_ltd) (дата обращения: 26.12.2018)

<sup>60</sup> Kammins Ballrooms Co. Ltd. v. Zenith Investments (Torquay) Ltd. [1971] A.C. 850 URL: [https://www.isurv.com/info/455/cases/10216/kammins\\_ballrooms\\_co\\_ltd\\_v\\_zenith\\_investments\\_torquay\\_ltd](https://www.isurv.com/info/455/cases/10216/kammins_ballrooms_co_ltd_v_zenith_investments_torquay_ltd) (дата обращения: 26.12.2018)

- 4) Для эстоппеля достаточно небольшого количества отдельных действий, не обязателен полный юридический состав;
- 5) Важным отличием выступает тот факт, что estoppel может возникнуть и в недоговорных отношениях, в то время как **waiver возникает только в договорных отношениях**<sup>61</sup> и за редким исключением в недоговорных, например, в отказе от причитающегося по решению суда в отношениях с органами власти, должностными лицами<sup>62</sup>;
- 6) По указанным выше признакам эстоппель более гибкая доктрина<sup>63</sup>, которая охватывает больше ситуаций, чем отказ от права: так, например, эстоппель может сработать, когда лицо не сообщило какую-то информацию (то есть фактически бездействовало), хотя должно было, а отказ от права может работать только при явном, недвусмысленном выражении, оформленном письменно или исходя из поведения лица<sup>64</sup>. Молчание или бездействие не могут быть квалифицированы как отказ от права (действительно, здесь перед нами отказ от осуществления права).
- 7) Специфика английского подхода заключается и в том, что для отказа от права нельзя применить отсылку к праву справедливости, тогда как для эстоппеля – можно.

### Метод включения

Суды создали два базовых подхода к определению waiver. Первый заключается в буквальном понимании отказа от права, второй – в комбинировании чистого «отказа от права» и эстоппеля, что принято описывать через справедливый отказ от права использовать принудительные

---

<sup>61</sup> Sean Wilken, Karim Ghaly. The Law of Waiver Variation and Estoppel. 3d edition [Electronic source]. Oxford University Press» [2012]. Par. 3.12. URL: <http://b-ok.org/book/2384744/d357cc> (дата обращения: 05.11.2018).

<sup>62</sup> Sean Wilken, Karim Ghaly. The Law of Waiver Variation and Estoppel. 3d edition [Electronic source]. Oxford University Press» [2012]. Par. 3.12. URL: <http://b-ok.org/book/2384744/d357cc> (дата обращения: 05.11.2018).

<sup>63</sup> Persimmon Homes (South Coast) Ltd v Hall Aggregates (South Coast) Ltd [2009] EWCA Civ 1108.

<sup>64</sup> Enron (Thrace) Exploration and Production BV & Anor v Clapp & Ors [2004] EWHC 1612 at [60]. URL: [https://www.wizard.ai/publication/10.1093/ALRR/2004.1.229/title/enron\\_thrace\\_exploration\\_and\\_production\\_bv\\_and\\_anr\\_v\\_clapp\\_and\\_ors](https://www.wizard.ai/publication/10.1093/ALRR/2004.1.229/title/enron_thrace_exploration_and_production_bv_and_anr_v_clapp_and_ors) (дата обращения: 05.11.2018).



(судебные) меры к должнику. «Справедливым» такой отказ от права называют, потому что другая сторона договора имела все основания полагаться на то, что ее контрагент не воспользуется своим правом.

Отказ от права в «чистом» виде представляет собой волевой или намеренный отказ от известного права, иска или привилегии; осознанный выбор лица отказаться от принадлежащего ему права по закону или справедливости, выраженный в недвусмысленном поведении<sup>65</sup>. Далее отказ от права в оригинальном значении может быть классифицирован на 4 группы:

- 1) *Waiver by election* – основной тип отказа от права, выработанный английской судебной практикой.

Он заключается в том, что сторона, которой правопорядок предоставляет возможность выбрать определенное средство защиты своего права, выбирая одно, отказывается от других способов защиты (по сути, прав). Например, приняв ненадлежащее представление по договору, кредитор лишает себя права расторгнуть договор<sup>66</sup>.

- 2) *Pure waiver* возникает в ситуации, когда кредитору не было предоставлено возможности выбрать иной способ защиты своего нарушенного права, однако он соглашается принять иное исполнение по договору.

К.К. Беляева вслед за Н.В. Зайцевой считает, что данный вид отказа от права выражается в следующем: сторона освобождает своего контрагента путем уведомления от выполнения «одной или нескольких из обязанностей по договору (корреспондирующих праву или правам, от которых произошел отказ)»<sup>67</sup>.

Тем не менее, Sean Wilken и Karim Ghaly считают, что *pure waiver* возникает тогда, когда сторона, зная о том, что у нее нет альтернативного способа защиты своего требования, принимает исполнение отличное от

---

<sup>65</sup> Sean Wilken, Karim Ghaly. The Law of Waiver Variation and Estoppel. 3d edition [Electronic source]. Oxford University Press» [2012]. Par. 3.13. URL: <http://b-ok.org/book/2384744/d357cc> (дата обращения: 05.11.2018).

<sup>66</sup> Ibid. Par. 4.28, 4.29.

<sup>67</sup> Беляева К.К. Институт отказа от права в сравнительно-правовом контексте "Вестник гражданского права", 2017, N 3 // СПС "КонсультантПлюс".

обусловленного в договоре<sup>68</sup>. Точка зрения зарубежных авторов представляется более правильной.

- 3) **Total waiver** совпадает с институтом прощения долга, так как возникает тогда, когда кредитор отказывается от своего права взыскания убытков в судебном порядке несмотря на неисполнение контрагентом своих обязательств по договору<sup>69</sup>.
- 4) **Unilateral waiver** – отказ стороны от права, предоставленного ему по договору и исключительно в его интересе, то есть от привилегий или особых (дополнительных) прав.

Таким образом, английское право предоставляет широкую базу для анализа доктрины отказа от права. Однако роль судебного усмотрения здесь в силу специфики самого права значительно высока.

## Параграф 2. Отказ от права по германскому праву

В литературе отмечает широкий диапазон мнений по определению термина *Verzicht* – «отказ от права»<sup>70</sup>. Точно так же, как и английские суды, немецкие правоведы создавали теорию отказа от права в основном методом сравнения со схожими правовыми институтами: эстоппелем и изменением договорных условий.

Так, немецкая доктрина пришла к выводу, что пересечением понятий «отказ от права» и «эстоппель» выступает принцип «*venire contra factum proprium*» (никто не может противоречить собственному предшествующему поведению)<sup>71</sup>. Отличие же эстоппеля от отказа от права немецкие ученые видят в том, что действие эстоппеля не прекращает само материальное право.

---

<sup>68</sup> Sean Wilken, Karim Ghaly. *The Law of Waiver Variation and Estoppel*. 3d edition [Electronic source]. Oxford University Press» [2012]. Par. 3.14. URL: <http://b-ok.org/book/2384744/d357cc> (дата обращения: 05.11.2018).

<sup>69</sup> Sean Wilken, Karim Ghaly. *The Law of Waiver Variation and Estoppel*. 3d edition [Electronic source]. Oxford University Press» [2012]. Par. 3.14. URL: <http://b-ok.org/book/2384744/d357cc> (дата обращения: 05.11.2018).

<sup>70</sup> Саркисян А.В., Новосельнов Д.А. Об отказе от права и его последствиях // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2017. N 4. С. 93 - 131. // СПС КонсультантПлюс.

<sup>71</sup> Prutting H., Wegen G., Weinreich G. *BGB Kommentar*. 8. Auflage 2013. S. 347. – цит. по: Саркисян А.В., Новосельнов Д.А. Об отказе от права и его последствиях // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2017. N 4. С. 93 - 131. // СПС КонсультантПлюс.

Отсюда немецкая правовая наука разделяет точку зрения, согласно которой «отказ от права» и «отказ от осуществления права» признают разными правовыми институтами, а различие между ними носит значимых характер<sup>72</sup>.

Под неосуществлением права немецкое право понимает простое бездействие (которое выражается в отсутствии волеизъявления, направленного на отказ от права). Следовательно, если позитивным правом или договором не установлен пресекательный срок реализации субъективного права, то это право может быть осуществлено управомоченным лицом в любое время.

При этом германское право также отличает отказ от права от изменения условий договора<sup>73</sup>.

В отличие от общего права, где суды усматривают отказ от права только в случае с договорными обязательствами, а иные случаи – в качестве исключений, немецкое право разделяет отказ от права в узком (отказ от субъективных прав) и широком смысле (включая льготы и иные юридически обеспеченные возможности, предоставляемые публичным правом)<sup>74</sup>.

Тем не менее, и немецкое право не разработало тему отказа от права в достаточной степени, чтобы создать ориентиры для российского права<sup>75</sup>.

### **Параграф 3. Отказ от права по французскому праву**

Ст. 1184 Французского гражданского кодекса (далее – ФГК) предоставляет кредитору право, похожее на английский классический отказ от права - *waiver by election*: кредитор при нарушении договора должником «вправе выбрать между присуждением к исполнению обязательства в натуре (там, где это возможно) и расторжением договора (*resolution*) наряду со

---

<sup>72</sup> Саркисян А.В., Новосельнов Д.А. Об отказе от права и его последствиях.

<sup>73</sup> Thur A. Der Allgemeine Teil des Deutschen Buergerlichen Rechts. Band 2, 1. Halbband. Berlin, Duncker und Humblot, 2013 (Reprint der Ausgabe von 1914). S. 265 – цит. по: Саркисян А.В., Новосельнов Д.А. Об отказе от права и его последствиях // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2017. N 4. С. 93 - 131. // СПС КонсультантПлюс.

<sup>74</sup> Саркисян А.В., Новосельнов Д.А. Об отказе от права и его последствиях // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2017. N 4. С. 93 - 131. // СПС КонсультантПлюс.

<sup>75</sup> Саркисян А.В., Новосельнов Д.А. Об отказе от права и его последствиях.

взысканием убытков<sup>76</sup>». При этом та же статья закрепляет исключительно судебный способ расторжения нарушенного договора.

Как отмечает А.Г. Карапетов, судебный контроль расторжения нарушенного договора выражает «общий негативный подход [французского права] к мерам самозащиты..., привязанность к принципу «**pacta sunt servanda**»<sup>77</sup>».

Более того, за неисполнение решения суда, касающегося даже права на расторжение договора, французское право установило механизм двойного принуждения – астрент (особый штраф за неисполнение судебного решения).

Данный подход находил отклики в среде французских правоведов долгое время, однако в настоящий период под влиянием англо-американского права данное положение ФГК попало под сомнение современных ученых. Французское право даже допустило односторонний отказ от договора в случае, когда такое право было зафиксировано в тексте самого договора. Тем не менее, французские суды проверяют каждый отдельный случай на ряд сложных критериев и могут «признать нарушение недостаточно серьезным, чтобы оправдать отказ от договора, и тем самым ex post лишить его юридической силы<sup>78</sup>».

Зарубежный опыт показывает, что понимание такого комплексного правового института как отказ от права зависит от специфики национального права. Следовательно, компаративистика применительно к проблеме настоящего исследования носит исключительно познавательный характер.

---

<sup>76</sup> Карапетов А.Г. Основные тенденции правового регулирования расторжения нарушенного договора в зарубежном и российском гражданском праве. // Докторская диссертация. Москва – 2012. С. 26.

<sup>77</sup> Там же.

<sup>78</sup> Указ. соч. С. 31-32.

### **Глава 3. Отказ от права и свобода предпринимательства в современном российском праве.**

В отечественной научной литературе отказ от права анализируется на примере п. 2 ст. 9, п. 5-7 ст. 450.1 ГК РФ. Высказано мнение об избыточности п. 5 ст. 450.1 ГК РФ, устанавливающего материальный эстоппель. Распространена точка зрения о наличии противоречий между указанными статьями. Действительно, законодатель был непоследователен: п. 2 ст. 9 ГК РФ гарантирует сохранение права в тех случаях, когда лицо отказывается от его осуществления, а п. 6 ст. 450.1 ГК РФ предусматривает:

а) возможность лица, осуществляющего предпринимательскую деятельность, отказаться от осуществления права;

б) невозможность последующего осуществления данного права, за исключением пары случаев. Во-первых, когда право возникает из новых обстоятельств, и во-вторых, по п. 7 ст. 450.1 ГК РФ если не осуществление права заблокировано на определенный законом или договором срок.

При буквальном прочтении приведенных выше норм складывается впечатление, что любой отказ от права по договору можно легко заблокировать с помощью ст. 9 ГК РФ. Подобную коллизию могли бы разрешить суды, применяя ст. 9 ГК РФ только для случаев не осуществления лицом права в форме бездействия (например, в деле от 26.08.2013г. Челябинский областной суд указал, что ответчик, как собственник недвижимости, расположенной на арендованном истцом земельном участке, может подать иск на приобретение данного участка в аренду со множественностью лиц на стороне арендатора; «не осуществление им подобных действий, не свидетельствует об утрате им такого права<sup>79</sup>»).

Однако судебная практика не ограничилась буквальным пониманием п. 2 ст. 9 ГК РФ, что предоставило недобросовестным лицам возможность использовать свое право, когда контрагент полагался на отказ от него. Так,

---

<sup>79</sup> Апелляционное определение Челябинского областного суда от 26.08.2013 по делу N 11-9154/2013 // СПС. КонсультантПлюс

разрешая спор по иску бывшего участника компании по делу № А40-62413/2013, Суд отметил, что содержащийся в заявлении истца **«отказ от выплаты действительной стоимости доли в уставном капитале общества не может повлечь никаких юридически значимых последствий, как противоречащий закону, поскольку в силу п. 2 ст. 9 ГК РФ, отказ граждан и юридических лиц от осуществления принадлежащих им прав не влечет прекращения этих прав, за исключением случаев, предусмотренных законом<sup>80</sup>»**. В другом деле Арбитражный суд Забайкальского края пришел к выводу, что пункт мирового соглашения, предусматривающий отказ истца от взыскания с ответчика процентов по ст. 395 ГК РФ недействителен. **«Отказавшись от взыскания процентов за пользование чужими денежными средствами, истец фактически утратил право на взыскание процентов, что противоречит п. 2 ст. 9 ГК РФ и, кроме того, согласно ст. 4 АПК РФ, отказ от права на обращение в суд недействителен<sup>81</sup>»**. В данном решении ссылка на п. 2 ст. 9 ГК РФ представляется лишней. Видимо, суд был не уверен в правильности применения нормы ст. 9 ГК РФ и решил «подкрепить» ее прямым запретом ст. 4 АПК РФ. Надо отметить, что в доктрине отказа от права возможность ограничения обращения стороны договора в суд как раз и является одним из наиболее полезных возможностей, стимулирующих потенциальных контрагентов к заключению договора.

Часто суды аннулировали отказ от права в угоду «публичным интересам». Удовлетворяя требования ФГУП «Почта России» о признании права собственности на здание, приобретенное ОАО «Новая Пятилетка» в порядке приватизации, Суд указал, что несмотря на утверждение государством устава компании и **фактически предоставившего согласие на приватизацию имущества, не исключает его правопритязаний на это**

---

<sup>80</sup> Решение от 13 ноября 2013 г. по делу № А40-62413/2013 [http://kad.arbitr.ru/PdfDocument/b698e72b-2db3-4655-94c5-13e3dd336894/12039da1-2377-4125-ae04-bee62bcf2bde/A40-62413-2013\\_20131113\\_Reshenija\\_i\\_postanovlenija.pdf](http://kad.arbitr.ru/PdfDocument/b698e72b-2db3-4655-94c5-13e3dd336894/12039da1-2377-4125-ae04-bee62bcf2bde/A40-62413-2013_20131113_Reshenija_i_postanovlenija.pdf)

<sup>81</sup> Определение от 26 июля 2013 г. по делу № А78-5069/2013 [http://kad.arbitr.ru/PdfDocument/646c589d-2e35-4908-bdf1-f8e8cec33241/eccac501-00e4-48e5-af05-ad3dca10a010/A78-5069-2013\\_20130726\\_Opredelenie.pdf](http://kad.arbitr.ru/PdfDocument/646c589d-2e35-4908-bdf1-f8e8cec33241/eccac501-00e4-48e5-af05-ad3dca10a010/A78-5069-2013_20130726_Opredelenie.pdf)

**имущество** «поскольку в силу п. 2 ст. 9 ГК РФ отказ граждан и юридических лиц от осуществления принадлежащих им прав не влечет прекращения этих прав, за исключением случаев, предусмотренных законом<sup>82</sup>».

Скорее всего, именно судебная практика навела ученых-юристов на мысли о противоречии ст. 9 и 450.1 ГК РФ.

До введения в действие ст. 450.1 ГК РФ суды использовали ст. 9 ГК РФ для блокировки отказа от субъективного права, теперь же ст. 9 ГК РФ стала способом блокировки отказа от права в тех случаях, когда суды посчитают это необходимым, например, ради публичного порядка.

### **Параграф 1. Отказ от права в правовых позициях российских судов**

По вопросу о толковании судами правовых норм и о природе такого толкования ученые разделяются во мнении. Так, распространена точка зрения, согласно которой можно было бы отойти от континентального соотношения нормы закона и судебной практики. Оставление толкования закона только в воле законодателя создает угрозу «узкореалистического» подхода, ведь «...в каждом отдельном случае закон не ясен<sup>83</sup>». Более того, «судья не должен придавать... абсолютного значения тексту юридической нормы. Он должен понимать, что есть некая объективная реальность...<sup>84</sup>».

Однако судебная практика зачастую отличается нестабильностью, разнящимися позициями по одному и тому же вопросу, потому «нельзя подменять нормативно-правовое регулирование судебным регулированием<sup>85</sup>». Данный тезис можно подкрепить примерами из практики относительно толкования норм об отказе от права.

---

<sup>82</sup> Постановление от 10 июля 2013 г. по делу № А34-6237/2012 [http://kad.arbitr.ru/PdfDocument/753138ee-2d18-40dd-81c6-5b2a79caa3bd/9eb4f3b0-73cc-4228-af35-c9440949d24e/A34-6237-2012\\_20130710\\_Postanovlenie\\_apelljacionnoj\\_instancii.pdf](http://kad.arbitr.ru/PdfDocument/753138ee-2d18-40dd-81c6-5b2a79caa3bd/9eb4f3b0-73cc-4228-af35-c9440949d24e/A34-6237-2012_20130710_Postanovlenie_apelljacionnoj_instancii.pdf)

<sup>83</sup> **Право и экономика (методология):** Учебник для магистрантов / Г.А. Гаджиев. - М.: Норма, НИЦ ИНФРА-М, 2018.С. 144.

<sup>84</sup> Указ. соч. С. 147.

<sup>85</sup> Губин Евгений Парфирьевич Государство и бизнес в условиях правовых реформ // Журнал российского права. 2015. №1 (217). URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/gosudarstvo-i-biznes-v-usloviyah-pravovyh-reform> (дата обращения: 03.02.2019).

Российский законодатель разработал всего 2 статьи, регулирующих отказ от права напрямую: п.2 ст.9 и ст. 450.1 ГК РФ. При этом в практике российских судов фигурируют именно п.2 ст. 9 и п.5-6 ст. 450.1, а также ст.10 ГК РФ.

Относительно предпринимательской деятельности специальная норма п. 6 ст. 450.1 ГК РФ трактуется как отказ от права, которое все равно можно будет в дальнейшем реализовать, если возникнут обстоятельства, отличные от тех, на основании которых право возникло. Так, согласно правовой позиции Арбитражного суд Новосибирской области, сторона, заявившая однажды отказ от своего права начислять неустойку, не вправе в дальнейшем начислять ее на основании тех нарушений, которые имели место до даты отказа. При этом за ней сохраняется право начислять неустойку по нарушениям, возникшим после даты отказа<sup>86</sup>. В своем решении Арбитражный суд Архангельской области указал, что, однажды отказавшись от права на расторжение договора, лицо вправе его расторгнуть только в случае нарушений, возникнувших после даты отказа<sup>87</sup>.

При этом существует мнение о том, что норма п.6 ст.450.1 ГК РФ была введена для смягчения положения п.2 ст. 9 ГК РФ<sup>88</sup>. Тенденция на подобное «смягчение» наблюдается и в судебной практике, причем для этого суды используют различную аргументацию.

Например, в деле **№309-ЭС15-16627**<sup>89</sup> подрядчик обязался передать исполнительную документацию заказчику при условии оплаты дополнительных работ, чем фактически выразил прямое волеизъявление на отказ от предоставленного ему законом право на удержание (ст. 712 ГК РФ).

---

<sup>86</sup> Решение Арбитражного суда Новосибирской области от 1 февраля 2017 г. по делу N А45-21502/2016 // СПС "КонсультантПлюс".

<sup>87</sup> Решение Арбитражного суда Архангельской области от 7 октября 2016 г. по делу N А05-7559/2016 // СПС "КонсультантПлюс".

<sup>88</sup> Беляева К.К. Институт отказа от права в сравнительно-правовом контексте "Вестник гражданского права", 2017, N 3 // СПС "КонсультантПлюс".

<sup>89</sup> «Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации №2 (2016)» (утв. Президиумом Верховного Суда РФ 06.07.2016) // СПС. КонсультантПлюс



Нижестоящие суды использовали старый подход и указали, что отказ от права не лишает сторону возможности это право реализовать в силу п. 2 ст. 9 ГК РФ. Верховный Суд указал, что отказ подрядчиком от права удержания не противоречит п. 2 ст. 9 ГК РФ в силу **диспозитивности норм, предоставивших лицу указанное право (ст. 359, 712 ГК РФ)**.

Согласно **п. 24 постановления Пленума ВАС РФ от 12.07.2012 №42 «О некоторых вопросах разрешения споров, связанных с поручительством»<sup>90</sup>** ограничение договором поручительства возражений поручителя (а фактически права на предъявление различных возражений), связанных с отношениями кредитора и поручителя, не допускается даже со ссылкой на п.2 ст. 9 ГК РФ.

Примером отказа от права в виде негативного обязательства может послужить **решение МКАС при ТПП РФ от 01.08.2017 по делу №244/2016 МКАС<sup>91</sup>**, где суд в п. 72-74 пришел к следующим выводам.

П. 2 ст. 9 ГК РФ не ограничивает право компании обратиться в суд с иском о взыскании долга по договору займа, несмотря на то, что в самом договоре данное юридическое лицо обязалось не предъявлять иски о взыскании займов. В таком случае суд полагает необходимым возместить убытки кредитору, причиненные неисполнением или ненадлежащим исполнением негативного обязательства в сумме, взысканной с компании по ст. 393 ГК РФ.

Предпринимательской деятельности совсем не чужды публичные начала регулирования. Так, в **постановлении ФАС Волго-Вятского округа от 05.12.2012 по делу №А43-5818/2011<sup>92</sup>**: антимонопольный орган признал обязательства, принятые на себя страховыми компаниями в договорах страхования с Банком, нарушающими п. 4, 5 ч.1 ст. 11 ФЗ «О защите

---

<sup>90</sup> Постановление Пленума ВАС РФ от 12.07.2012 №42 «О некоторых вопросах разрешения споров, связанных с поручительством» // СПС. КонсультантПлюс

<sup>91</sup> Решение МКАС при ТПП РФ от 01.08.2017 по делу №244/2016 МКАС // СПС. КонсультантПлюс

<sup>92</sup> Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 05.12.2012 по делу №А43-5818/2011 // СПС. КонсультантПлюс

конкуренции». Одним из таких обязательств был ковенант не изменять условия данных договоров без письменного согласия Банка, а также обязанность указывать Банк в качестве выгодоприобретателя в договорах страхования (фактически отказ от указания себя в качестве выгодоприобретателя со всеми вытекающими отсюда последствиями). ФАС Волго-Вятского округа пришла к выводу, что такие обязательства не нарушают антимонопольное законодательство, более того не лишают сторону воспользоваться правом, от которого она отказалась со ссылкой на п. 2 ст. 9 ГК РФ. Интересно, что ФАС применил экономико-правовой подход для решения данной ситуации: в любом случае Банк, получая страховое возмещение непосредственно как выгодоприобретатель, в рамках обязательств по кредитному договору направляет сумму полученного страхового возмещения на погашение задолженности заемщика-страхователя по кредитному договору. Следовательно, экономически ситуация отказа от права страховой компанией указывать себя выгодоприобретателем по договору фактически не затрагивает интересы лица, занимающегося предпринимательской деятельностью: вознаграждение по таким договорам и так, и так попадает в имущественную базу Банка.

Анализируя судебную практику по отказу от права в РФ, ученые отмечают ряд особенностей российского отказа от права:

- 1) отказ от права по п.6 ст. 450.1 ГК РФ не обязательно должен быть связан с нарушением договора контрагентом<sup>93</sup>;
- 2) П. 5 ст. 450.1 ГК РФ (эстоппель) «работает лишь в случаях, когда у стороны есть право на отказ от договора<sup>94</sup>»;

---

<sup>93</sup> Беляева К.К. Институт отказа от права в сравнительно-правовом контексте "Вестник гражданского права", 2017, N 3 // СПС "КонсультантПлюс".

<sup>94</sup> Там же

3) Суды не видят отличий между п. 5,6 и 5-7 ст. 450.1 ГК РФ или «для большей убедительности» ссылаются одновременно и на эстоппель, и на отказ от права<sup>95</sup>.

В научной литературе отмечается, что передавать вопросы политики права «на откуп практике, прежде всего с судебной, - неверный подход, поскольку только наука имеет предназначение... устанавливая взаимосвязи, решая конкретные задачи<sup>96</sup>». В конце концов *Iudicis est ius dicere, non dare* – судье подобает творить суд, а не создавать право. Данный тезис представляется более убедительным, если учесть, насколько политика судов, не соответствуя принципу свободы предпринимательской деятельности, при применении статей об отказе от права оказалась неудачной.

## **Параграф 2. Свобода предпринимательской деятельности**

Предпринимательством называют «самостоятельную, осуществляемую на свой риск деятельность, направленную на систематическое получение прибыли от пользования имуществом, продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг лицами, зарегистрированными в качестве предпринимателей в установленном законом порядке<sup>97</sup>». Однако в правовой науке не сложилось единого определения предпринимательской деятельности. Так, В.С. Белых выделяет три подхода к определению данного понятия: как к экономической категории, методу хозяйствования, типу экономического мышления<sup>98</sup>.

---

<sup>95</sup> Решения Арбитражного суда г. Москвы от 18 мая 2016 г. по делу N А40-251600/15-76-1900, от 13 декабря 2016 г. по делу N А40-33922/15-112-264, от 12 января 2017 г. по делу N А40-229720/16-114-1968 // СПС "КонсультантПлюс".

<sup>96</sup> Губин Евгений Парфирьевич Государство и бизнес в условиях правовых реформ // Журнал российского права. 2015. №1 (217). URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/gosudarstvo-i-biznes-v-usloviyah-pravovuyh-reform> (дата обращения: 01.02.2019).

<sup>97</sup> **Предпринимательское право Российской Федерации**: Учебник / Е.Г. Афанасьева, А.В. Белицкая, В.А. Вайпан и др.; отв. ред. Е.П. Губин, П.Г. Лахно. 3-е изд., перераб. и доп. М.: норма, инфра-м, 2017. С. 18.

<sup>98</sup> Белых В.С. Правовое регулирование предпринимательской деятельности в России: Монография. М.: Проспект, 2009. 432 с. // СПС КонсультантПлюс.

Несмотря на то, что Конституция РФ зафиксировала необходимые принципы правового регулирования предпринимательства, все же действенность правовых норм возможна лишь при последовательном применении корректных правовых принципов к конкретным случаям<sup>99</sup>. Обеспечение реализации конституционных принципов (в том числе и свободы предпринимательства) – основная задача государства, которое при этом должно учесть как интересы общества, отдельного гражданина-потребителя, так и предпринимателя<sup>100</sup>. Причем в таком регулировании ключевым вопросом станет соотношение свободы предпринимательства и «возможности пренебрежения ею ради соблюдения и реализации иных прав и свобод<sup>101</sup>».

При этом регулирование предпринимательской деятельности в России отличается от западного, где свобода предпринимательства не ограничена властью государства, а наоборот, «ограничивает власть в целях развития предпринимательства<sup>102</sup>».

Интересны и взгляды судебной практики в России и за рубежом, в частности в США. Так, в деле Лохнер против Нью-Йорка Верховный Суд аннулировал Нью-Йоркский статут, регулирующий работу пекарен и запрещавший работать более 60 часов в неделю и более чем десять часов в день. Свое решение суд аргументировал тем, что данный документ противоречил конституционной «свободе предпринимателя (владельца предприятия) и рабочего заключать контракты друг с другом<sup>103</sup>».

---

<sup>99</sup> Allan T. R. S. In Defence of the Common Law Constitution: Unwritten Rights as Fundamental Law // The Law, Society and Economy Working Papers. 2009. No. 5. P. 1.

<sup>100</sup> Губин Евгений Парфирьевич Государство и бизнес в условиях правовых реформ // Журнал российского права. 2015. №1 (217). URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/gosudarstvo-i-biznes-v-usloviyah-pravovyh-reform> (дата обращения: 03.02.2019).

<sup>101</sup> Якимова Екатерина Михайловна Концепция свободы предпринимательской деятельности как элемент экономической основы конституционного строя в России и в мире: поиск оптимального решения // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2018. №1 (68). URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/kontseptsiya-svobody-predprinimatelskoy-deyatelnosti-kak-element-ekonomicheskoy-osnovy-konstitutsionnogo-stroya-v-rossii-i-v-mire-poisk> (дата обращения: 03.02.2019).

<sup>102</sup> Там же.

<sup>103</sup> Фридмэн Л. Введение в американское право. Пер. с англ. / Под ред. М. Калантаровой. — М.: Прогресс, 1992. — 286 с. URL: [http://www.adhdportal.com/book\\_3908\\_chapter\\_53\\_RASVET\\_SUDEBNOGOKONTROLJA.html](http://www.adhdportal.com/book_3908_chapter_53_RASVET_SUDEBNOGOKONTROLJA.html) (дата обращения: 01.02.2019).

Конституционный Суд РФ неоднократно указывал в своих определениях, что «возможные ограничения федеральным законом свободы предпринимательской деятельности и свободы договоров должны отвечать требованиям справедливости, быть адекватными, пропорциональными, соразмерными и необходимыми для защиты основных конституционных ценностей, в том числе прав и законных интересов других лиц, а государственное вмешательство - обеспечивать частное и публичное начала в сфере экономической деятельности<sup>104</sup>». (постановления Конституционного Суда Российской Федерации от 18 июля 2003 года N 14-П, от 16 июля 2004 года N 14-П, от 31 мая 2005 года N 6-П и от 28 февраля 2006 года N 2-П).

Так, в одном из последних постановлений<sup>105</sup>, где проверке подвергались нормы, регулирующие субсидирование организаций на покрытие недополученных ими доходов от предоставления услуг по аэропортовому и наземному обеспечению полетов воздушных судов пользователей воздушного пространства, освобожденных от платы за эти услуги. Конституционный Суд РФ указал, что соблюдение баланса конституционно защищаемых ценностей выражается в учете **как публичных интересов, так и интересов юридических лиц как субъектов гражданских правоотношений (предпринимательской деятельности)**, эффективное функционирование которых предполагает возмещение им затрат на оказание таких услуг.

Таким образом, обнаруживается принципиально различный подход в англо-американском и российском праве к свободе предпринимательства. «Представляется, что поиск оптимального сочетания свободы и ограничения

---

<sup>104</sup> Постановления Конституционного Суда Российской Федерации от 18 июля 2003 года N 14-П, от 16 июля 2004 года N 14-П, от 31 мая 2005 года N 6-П и от 28 февраля 2006 года N 2-П // СПС КонсультантПлюс

<sup>105</sup> Постановление Конституционного Суда РФ от 16.07.2018 N 32-П "По делу о проверке конституционности пункта 3 статьи 69 Воздушного кодекса Российской Федерации, подпункта 1 пункта 2 статьи 78 Бюджетного кодекса Российской Федерации, а также пунктов 3 и 6 Правил предоставления субсидий из федерального бюджета организациям на возмещение недополученных ими доходов от предоставления услуг по аэропортовому и наземному обеспечению полетов воздушных судов пользователей воздушного пространства, освобожденных в соответствии с законодательством Российской Федерации от платы за эти услуги, в связи с жалобами публичного акционерного общества "Аэропорт Кольцово" и акционерного общества "Международный аэропорт Нижний Новгород" // СПС КонсультантПлюс

предпринимательской деятельности лежит в плоскости **экономической и политической целесообразности**<sup>106</sup>».

В коммерческом обороте субъект всегда преследует какой-либо интерес, он вступает в экономические отношения с заранее определенной целью – удовлетворить свои потребности (включая получение и достижение жизненных ценностей и приоритетов). Следуя данной непреложной истине, представители экономической школы права понимают под любым субъектом экономического оборота «рационального максимизатора личной выгоды<sup>107</sup>». **Теория рационального выбора** лежит в основе указанного подхода, она же регулирует отношения рынка, которые складываются под влиянием объективных факторов (и даже такие сугубо субъективные факторы, как вкус, желание и пр., влияющие на спрос, становятся объективно предсказуемыми при обобщении до социальных групп). Отсюда участников экономических отношений можно разделить на «максимизаторов» богатства, субъектов, преследующих сугубо нематериальные эгоистические интересы, а также тех, кто руководствуется альтруистическими и иные моральными целями<sup>108</sup>. Все они – участники свободного рынка, поведение подавляющего большинства из них можно прогнозировать и корректировать благодаря материальным стимулам, создаваемых правовой нормой<sup>109</sup>.

Автор данной работы не разделяет распространенного мнения о том, что экономический анализ является чем-то большим нежели одним из методов правовой науки. В таком понимании эконом. анализ особенно интересен не с точки зрения позитивной экономической теории (описывающей реальность

---

<sup>106</sup> Якимова Екатерина Михайловна Концепция свободы предпринимательской деятельности как элемент экономической основы конституционного строя в России и в мире: поиск оптимального решения // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2018. №1 (68). URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/kontsepsiya-svobody-predprinimatelskoy-deyatelnosti-kak-element-ekonomicheskoy-osnovy-konstitutsionnogo-stroya-v-rossii-i-v-mire-poisk> (дата обращения: 03.02.2019).

<sup>107</sup> Познер Р. А. Экономический анализ права : В 2-х т. /Пер. с англ, под ред. В. Л. Тамбовцева. СПб. : Экономическая школа, 2004. Т. 1. XX + – С. 4 и далее.

<sup>108</sup> Карапетов А.Г. Экономический анализ права. – М.: Статут, 2016. – С.56.

<sup>109</sup> Одинцова М.И. Экономика права: учеб. пособие. – М.: Изд. дом ГУ ВШЭ, 2007 –С. 5.

в экономических терминах<sup>110</sup>), а с нормативной (предполагающей и альтернативные решения заданной проблемы<sup>111</sup>, в частности посредством правотворчества<sup>112</sup>).

Политика права подсказывает, что деятельность лиц, осуществляемая «своей волей и в своем интересе» не может быть ограничена ни в коем случае, кроме как нарушения прав третьих лиц. В чем же состоит интерес предпринимателя?

Интерес предпринимателя выражается в получении выгоды, потому как «страсть к выгоде всегда присутствует в предпринимательской деятельности<sup>113</sup>».

Теории рационального выбора и материальных стимулов подсказывают нам, что если действующий правопорядок не может удовлетворить потребность важной социальной группы – предпринимателей, максимизаторы личной выгоды находят иные площадки для реализации своего интереса. Потому понятны попытка российского законодателя ввести инструментальные (работающие) нормы англо-американского права, безусловно, гибкого и удобного для ведения бизнеса. Тем не менее, качество правоприменения оставляет желать лучшего. Вместе с предпринимателями, покидающими российское экономическое пространство, из страны «утекает» имущественный и интеллектуальный актив. Видимо, только правотворчеством и неловкими попытками судебной практики подкорректировать правоприменение проблему не решить. Возможно, стоит пересмотреть приоритеты большинства правоприменителей и ученых-правоведов и сделать уверенный шаг из «пандектного шкафа».

---

<sup>110</sup> See: Hoffman, Elizabeth and Spitzer, Matthew L. (1985), 'Experimental Law and Economics: An Introduction', 85 Columbia Law Review, 991-1036.

<sup>111</sup> Snow, Marcellus S. and Jussawalla, Meheroo (1986), Telecommunication Economics and International Regulatory Policy: An Annotated Bibliography, New York, Greenwood Press, P. 105-109.

<sup>112</sup> Карапетов А.Г. Экономический анализ права. – М.: Статут, 2016. – С.110-112.

<sup>113</sup> Вайпан В.А. Теория справедливости: Право и экономика: монография. М.: Юстицинформ, 2017. С. 153.

## ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Интерес играет ключевую роль в поведении субъектов в частно-правовой сфере. Тогда зачем заставлять кредитора терпеть ненужное ему право? «...Было бы несправедливо насильно удерживать кредитора в обязательстве помимо его воли, а также навязывать ему принятие исполнения по обязательству, в котором он более не заинтересован<sup>114</sup>».

Потому положение п. 2 ст. 9 ГК РФ, ограничивающее применение отказа от права, следовало бы признать неудачным. Европейское континентальное право (к примеру, п. 3 ст. II-1:102 Проекта общей системы координат европейского частного права (DCFR)) и англо-американское право широко используют институт отказа от права. «Субъективные права, полученные в результате заключенного договора, могут быть легко прекращены как минимум тогда, когда договор расторгается, в том числе и путем одностороннего отказа, если такой отказ допустим в силу закона или того же договора<sup>115</sup>».

С практической точки зрения, абсолютно не важно, что представляет собой отказ от права: сделку, право, правомочие и т.д. Однако данный институт должен **функционировать** на российском рынке, обеспечивая постепенную реализацию принципа свободы предпринимательской деятельности. Действительно, «предприниматель действует по своей воле и в своем интересе, но в рамках, установленных законодательством. Он свободен и автономен в определении любых, не противоречащих законодательству условий договора, в установлении на его основе своих прав и обязанностей<sup>116</sup>», поэтому отказ от права может быть ограничен **только прямыми** (не противоречащими друг другу) **предписаниями закона**, а не искаженной судебной практикой.

---

<sup>114</sup> Формы и последствия отказа от осуществления прав по договору в свете реформы российского гражданского законодательства. Опыты цивилистического исследования: сборник статей / А.Е. Агеенко, И.И. Акимова, В.А. Волгина и др.; рук. авт. кол. и отв. ред. А.М. Ширвиндт, Н.Б. Щербаков. М.: Статут, 2018. Вып. 2. 368 с. // СПС КонсультантПлюс.

<sup>115</sup> Карапетов, А. Г. Правовая природа и последствия нарушения ковенантов в финансовых сделках // Частное право и финансовый рынок: Сб. ст. Вып. 1. – М.: Статут, 2011. – 367 с // СПС «КонсультантПлюс»

<sup>116</sup> Интервью Е.П.Губина журналу Законодательство. Право для бизнеса. 2015. № 6. С.5-9.



В данной работе раскрыта **проблема** соотношения отказа от права и свободы предпринимательской деятельности в российском праве.

**Достигнута цель работы:** доказать, что отказ от права представляет собой выражение свободы предпринимательской деятельности и потому может быть ограничен лишь в случаях, предусмотренных законом.

**Определен объект исследования** – отказ от права как правовой институт российского предпринимательского права, **изучен предмет** – связь между отказом от права и свободой предпринимательской деятельности.

**Поставленные задачи:** определить правовую природу отказа от права; раскрыть соотношение института отказа от права со схожими правовыми формами; охарактеризовать зарубежный опыт применения отказа от права на примере стран общего права и континентальной правовой семьи; проанализировать российскую судебную практику на примере дел с участием предпринимателей – раскрыты полностью.

Данная работа может быть применима для дальнейшего изучения института отказа от права.

## БИБЛИОГРАФИЯ

### I. Нормативные правовые акты:

1. Конституция Российской Федерации // СПС КонсультантПлюс
2. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 N 51-ФЗ // СПС "КонсультантПлюс"
3. «Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации» (одобрена решением Совета при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства от 07.10.2009) // СПС КонсультантПлюс

### II. Судебные решения:

1. Atlas Express Ltd v Kafco (Importers and Distributors) Ltd [1989] QB 833. URL: <https://www.liuk.co.uk/duress/> (дата обращения: 26.12.2018)
2. Enrico Furst & Co v WE Fischer Ltd [1960] URL:[https://www.isurv.com/info/455/cases/10216/kammins\\_ballrooms\\_co\\_ltd\\_v\\_zenith\\_investments\\_torquay\\_ltd](https://www.isurv.com/info/455/cases/10216/kammins_ballrooms_co_ltd_v_zenith_investments_torquay_ltd) (дата обращения: 26.12.2018)
3. Enron (Thrace) Exploration and Production BV & Anor v Clapp & Ors [2004] EWHC 1612 at [60]. URL: [https://www.wizdom.ai/publication/10.1093/ALRR/2004.1.229/title/enron\\_thrace\\_exploration\\_and\\_production\\_bv\\_and\\_anr\\_v\\_clapp\\_and\\_ors](https://www.wizdom.ai/publication/10.1093/ALRR/2004.1.229/title/enron_thrace_exploration_and_production_bv_and_anr_v_clapp_and_ors) (дата обращения: 05.11.2018).
4. Kammins Ballrooms Co. Ltd. v. Zenith Investments (Torquay) Ltd. [1971] A.C.850 URL:[https://www.isurv.com/info/455/cases/10216/kammins\\_ballrooms\\_co\\_ltd\\_v\\_zenith\\_investments\\_torquay\\_ltd](https://www.isurv.com/info/455/cases/10216/kammins_ballrooms_co_ltd_v_zenith_investments_torquay_ltd) (дата обращения: 26.12.2018)
5. Persimmon Homes (South Coast) Ltd v Hall Aggregates (South Coast) Ltd [2009] EWCA Civ 1108.
6. Since Felthouse v Brindley (1862) 11 CBNS 869; 142 ER 1037. URL: [http://casebrief.wikia.com/wiki/Felthouse\\_v\\_Bindley](http://casebrief.wikia.com/wiki/Felthouse_v_Bindley) (дата обращения: 26.12.2018)
7. Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 16 июля 2004 года N 14-П// СПС КонсультантПлюс

8. Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 18 июля 2003 года N 14-П // СПС КонсультантПлюс
9. Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 28 февраля 2006 года N 2-П // СПС КонсультантПлюс
10. Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 31 мая 2005 года N 6-П // СПС КонсультантПлюс
11. Постановление Конституционного Суда РФ от 16 июля 2018 года N 32-П // СПС КонсультантПлюс
12. Решение Арбитражного суда Архангельской области от 7 октября 2016 г. по делу N А05-7559/2016 // СПС "КонсультантПлюс".
13. Решение Арбитражного суда г. Москвы от 18 мая 2016 г. по делу N А40-251600/15-76-1900 // СПС "КонсультантПлюс".
14. Решение Арбитражного суда Новосибирской области от 1 февраля 2017 г. по делу N А45-21502/2016 // СПС "КонсультантПлюс".
15. Решение от 12 января 2017 г. по делу N А40-229720/16-114-1968 // СПС "КонсультантПлюс".
16. Решение от 13 декабря 2016 г. по делу N А40-33922/15-112-264 // СПС "КонсультантПлюс".

### **III. Публикации в периодике (газеты, журналы):**

1. Allan T. R. S. In Defence of the Common Law Constitution: Unwritten Rights as Fundamental Law // The Law, Society and Economy Working Papers. 2009. No. 5. P. 1.
2. Burrows A. Restatement of the English law of Contract. Oxford University Press, 2016.
3. Snow, Marcellus S. and Jussawalla, Meheroo (1986), Telecommunication Economics and International Regulatory Policy: An Annotated Bibliography, New York, Greenwood Press, P. 105-109.
4. Губин Е.П. Правовое обеспечение свободы экономической деятельности // Предпринимательское право. 2015. N 4. С. 3 - 9. // СПС КонсультантПлюс

5. Губин Евгений Парфирьевич Государство и бизнес в условиях правовых реформ // Журнал российского права. 2015. №1 (217). URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/gosudarstvo-i-biznes-v-usloviyah-pravovyh-reform> (дата обращения: 03.02.2019).
6. Зеккель Э. Секундарные права в гражданском праве // Вестник гражданского права. 2007. N 2. // СПС "КонсультантПлюс"
7. Интервью Е.П.Губина журналу Законодательство. Право для бизнеса. 2015. № 6. С.5-9.
8. Рыженков А.Я. Действие своей волей и в своем интересе как принцип гражданского законодательства // Юрист. 2014. N 16. С. 16 - 21. // СПС "КонсультантПлюс"
9. Саркисян А.В., Новосельнов Д.А. Об отказе от права и его последствиях // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2017. N 4. С. 93 - 131. // СПС КонсультантПлюс.
10. Формы и последствия отказа от осуществления прав по договору в свете реформы российского гражданского законодательства. Опыты цивилистического исследования: сборник статей / А.Е. Агеенко, И.И. Акимова, В.А. Волгина и др.; рук. авт. кол. и отв. ред. А.М. Ширвиндт, Н.Б. Щербаков. М.: Статут, 2018. Вып. 2. 368 с. // СПС КонсультантПлюс.
11. Якимова Екатерина Михайловна. Концепция свободы предпринимательской деятельности как элемент экономической основы конституционного строя в России и в мире: поиск оптимального решения // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2018. №1 (68). URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/kontseptsiya-svobody-predprinimatelskoy-deyatelnosti-kak-element-ekonomicheskoy-osnovy-konstitutsionnogo-stroya-v-rossii-i-v-mire-poisk> (дата обращения: 03.02.2019).

#### **IV. Научная литература:**

1. Chitty on Contracts. 30th ed. Sweet & Maxwell, 2008. Vol. 1.

2. Hoffman, Elizabeth and Spitzer, Matthew L. (1985), 'Experimental Law and Economics: An Introduction', 85 Columbia Law Review, 991-1036.
3. Prutting H., Wegen G., Weinreich G. BGB Kommentar. 8. Auflage 2013. S. 347.
4. Rubin E.L. Toward a General Theory of Waiver // UCLA L. Rev. 1980 - 1981. Vol. 28.
5. Thur A. Der Allgemeine Teil des Deutschen Buergerlichen Rechts. Band 2, 1. Halbband. Berlin, Duncker und Humblot, 2013 (Reprint der Ausgabe von 1914). 636 s.
6. Windscheid B., Kipp T. Lehrbuch des Pandektenrechts. 9. Aufl. 1906. S. 318.
7. Алексеев П.В., Панин А.В. Философия: учебник. - 4-е изд., перераб. и доп. - Москва : Проспект, 2015.- 592 с.
8. Бабаев Алексей Борисович. Проблема секундарных прав в российской цивилистике : Дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 Москва, 2006. 157 с.
9. Белов В.А. Гражданское право. Общая часть. Т. I. Введение в гражданское право: учебник/В.А. Белов. – М.: Издательство Юрайт, 2011. – 521 с. – (Магистр)
10. Белых В.С. Правовое регулирование предпринимательской деятельности в России: Монография. М.: Проспект, 2009. 432 с. // СПС КонсультантПлюс.
11. Бердяев Николай Александрович. Философия свободы. Смысл творчества. М.: Правда, 1989.-. 608 с.
12. Братусь С.Н. Субъекты гражданского права. М.: Госюриздат, 1950 // СПС КонсультантПлюс
13. Вайпан В.А. Теория справедливости: Право и экономика: монография. М.: Юстицинформ, 2017. 280 с.
14. Дис. ... канд. юрид. наук / В. Ем; МГУ им. М.В. Ломоносова. - М., 1981. - 209 с.
15. Иеринг Р. Под ред.: В.Р. Лицкой (Пер.); Пер.: Н.Ф. Дерюжинский, Н.В. Муравьев. — СПб.: Изд. Н.В. Муравьева, 1881. — 425 с.

16. Карапетов А.Г. Основные тенденции правового регулирования расторжения нарушенного договора в зарубежном и российском гражданском праве. // Докторская диссертация. Москва – 2012. 499 с.
17. Карапетов А.Г. Экономический анализ права. – М.: Статут, 2016. – 528 с.
18. Карапетов, А. Г. Правовая природа и последствия нарушения ковенантов в финансовых сделках // Частное право и финансовый рынок: Сб. ст. Вып. 1. – М.: Статут, 2011. – 367 с // СПС «КонсультантПлюс»
19. Обязательство по советскому гражданскому праву. Ученые труды ВИЮН. Вып. 3 / Агарков М.М. - М.: Юрид. изд-во НКЮ СССР, 1940. - 192 с.
20. Одинцова М.И. Экономика права: учеб. пособие. – М.: Изд. дом ГУ ВШЭ, 2007 – С. 281.
21. Очерки по торговому праву: сборник научных трудов / Под ред. Е.А. Крашенинникова; Яросл. Гос. ун-т – Ярославль: ЯрГУ, 2006. – Вып. 13. – 83 с.
22. Певзнер А.Г. Понятие и виды субъективных гражданских прав: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 1961. 242 с.
23. Познер Р. А. Экономический анализ права : В 2-х т. /Пер. с англ, под ред. В. Л. Тамбовцева. СПб. : Экономическая школа, 2004. Т. 1. XX + – С. 524.
24. Право и экономика (методология): Учебник для магистрантов / Г.А. Гаджиев. - М.: Норма, НИЦ ИНФРА-М, 2018.- 256 с.
25. Предпринимательское право Российской Федерации: Учебник / Е.Г. Афанасьева, А.В. Белицкая, В.А. Вайпан и др.; отв. ред. Е.П. Губин, П.Г. Лахно. 3-е изд., перераб. и доп. М.: норма, инфра-м, 2017. 992 с.
26. Суханова Ю.В. Отказ от субъективных гражданских прав: Дис. ... канд. юрид. наук. Самара, 2008. 170 с.
27. Фридмэн Л. Введение в американское право. Пер. с англ. /. Под ред. М. Калантаровой. — М.: Прогресс, 1992. — 286 с.

## **V. Справочная научная литература:**

1. Даль В.И. Толковый словарь живого великорусского языка в 4 т. Т. 2 – М.: Русский язык, 2000. – 807 с. [Электронный ресурс] // URL:

<https://runivers.ru/upload/iblock/bda/Tolkovyi%20slovar%20Dalya%202.pdf>

(дата обращения: 27.01.2019).

2. Большой юридический словарь / Под ред. А.Я. Сухарева, В.Е. Крутских / А. И. Алексеев, Л. П. Ануфриева, В. В. Бойцова и др. — М.: Норма, 2000. — 1235 с.

## **VI. Интернет-ресурсы:**

1. Критический анализ возможности заимствования английских доктрин waiver и estoppel российским правом [Электронный ресурс] / Н.С. ЛАШКОВ // Закон .— 2016 .— №7 .— С. 108-118 .— Режим доступа: <https://rucont.ru/efd/416254>
2. Карапетов А.Г. Отказ от договора, одностороннее изменение его условий и отказ от договорных прав по модели waiver: комментарий к ст. 450 и ст. 450.1 ГК // [https://zakon.ru/blog/2015/10/12/otkaz\\_ot\\_dogovora\\_odnostoronnee\\_izmenenij\\_ego\\_uslovij\\_i\\_otkaz\\_ot\\_dogovornyx\\_prav\\_po\\_modeli\\_waiver\\_ko](https://zakon.ru/blog/2015/10/12/otkaz_ot_dogovora_odnostoronnee_izmenenij_ego_uslovij_i_otkaz_ot_dogovornyx_prav_po_modeli_waiver_ko).