

ПАССИВНОЕ ПОВЕДЕНИЕ (БЕЗДЕЙСТВИЕ): ИСПОЛЬЗОВАНИЕ СУБЪЕКТИВНОГО ПРАВА ИЛИ ОТКАЗ ОТ РЕАЛИЗАЦИИ СУБЪЕКТИВНОГО ПРАВА

Аннотация. В статье обсуждается вопрос: возможна ли реализация субъективного права бездействием или это отказ от субъективного права? Автор предлагает различить реализацию субъективного права и реализацию свободы совершения деяния, не запрещенного законом (право на свободу действий). Кроме того, при реализации субъективного права в форме использования лицо преследует конкретный правовой интерес, лицо имеет цель приобрести определенные материальные или нематериальные блага. Если лицо в целях использования конкретного субъективного права не совершает активных действий, то это означает, что оно, отказываясь от права, преследует иной интерес, отличающийся от результатов реализации конкретного субъективного права.

Ключевые слова: отказ от права, бездействие, использование субъективного права, пассивное поведение, отказ от реализации субъективного права.

DOI: 10.17803/1729-5920.2019.147.2.029-040

1. ОСНОВНЫЕ КОНЦЕПЦИИ ОТКАЗА ОТ ПРАВА

Сравнительный анализ отказа от прав показывает, что это понятие не имеет единого восприятия, что свидетельствует о его богатом содержании. Можно выделить следующие концепции отказа от права: *концепция отказа от объективного права* и *концепция отказа от субъективного права*. В данной работе мы не затронем сложные вопросы по поводу объективных и субъективных прав и множество подходов, что является темой отдельного исследования,

а лишь отметим наше восприятие отказа от объективных и субъективных прав.

Говоря об отказе от объективных прав, мы имеем в виду отказ от государственного признания *права человека* со стороны народа (жителей конкретной территории), что проявляется двумя способами:

- 1) народ отказывается от требования закрепить в позитивном праве (в законе и другом нормативном правовом акте) объективно существующее то или иное право человека (например, вопрос признания (закрепления) законом того или иного права человека вы-

© Гамбарян А. С., 2019

* Гамбарян Артур Сиреканович, доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой теории и истории государства и права Российско-Армянского университета, заместитель председателя Следственного комитета Республики Армения (г. Ереван)
0051, Армения, г. Ереван, ул. Овсепя Эмина, д. 123
artur.ghambaryan@gmail.com

носятся на референдум и народ отвечает отрицательно на вопрос о закреплении этого права законом);

- 2) народ дает согласие на то, чтобы государство внесением законодательных изменений (референдумом) отменило право человека, уже закрепленное (государственно признанное) в позитивном праве.

В самом широком смысле, говоря об отказе от субъективного права, мы имеем в виду проявления определенного поведения лица в конкретной ситуации (правомерное и неправомерное деяние), из чего вытекает, что он не желает реализовать свое субъективное право или отказывается от правовой защиты этого права.

Отказ от субъективного права проявляется следующими способами:

- 1) отказ от реализации субъективного права;
- 2) отказ от субъективного права дачей согласия на вмешательство в право;
- 3) отказ от субъективного права путем совершения неправомерного (противоправного) деяния (*forfeiture by wrongdoing*). Выделение способа отказа от права путем совершения противоправного деяния строго условно, о чем поговорим далее.

Основное различие отказа от объективных и субъективных прав состоит в том, что субъектом отказа от объективного права является народ (население данной местности), а субъектом отказа от субъективного права является участник конкретного правоотношения — человек или юридическое лицо. От объективного права можно отказаться с помощью референдума, законодательных изменений, а от субъективного права можно отказаться или бездействием (в некоторых случаях также односторонними или двусторонними действиями), или дачей согласия на вмешательство в право, или же совершением противоправного деяния.

2. ОТКАЗ ОТ РЕАЛИЗАЦИИ СУБЪЕКТИВНОГО ПРАВА

Носитель права свободен в решении вопроса о том, как распорядиться своим субъективным правом, например реализовать свое право на высшее образование или нет, осуществлять свое активное избирательное право или нет. Государство не обещает вознаграждения за сам факт реализации управомочивающих норм. Тем более не грозит лишениями на случай отказа от реализации предоставленных прав. Содержание управомочивающих норм удовлетворяет воле их адресатов, а результат осуществления прав приносит желаемые блага¹.

Отказ от реализации субъективного права не может вызвать для лица неблагоприятные правовые последствия, такие как наказание². Одновременно в отдельных сферах в результате отказа от реализации субъективного права лицо может в дальнейшем лишиться права на представление возражения. Подобная ситуация возможна в случае формирования эстоппеля (по-английски *estoppel* — лишать права на представление возражения³), согласно которому в результате своего предшествующего поведения (в том числе — отказа от права) лицо лишается права представлять возражения (требования) или основываться на определенных фактах⁴.

В качестве института, аналогичного правилу об эстоппеле, зачастую называют известный еще со времен римского права принцип *non concedit venire contra factum proprium*, который можно перевести как «никто не должен противоречить своим собственным действиям» или «никто не может отрицать последствия своих действий». Принцип *venire contra factum* подразумевает, что реализация тех или иных субъективных прав в противоречии со своим предыдущим поведением не допускается на ос-

¹ Общая теория права : курс лекций / под общ. ред. В. К. Бабаева. Н. Новгород, 1993. С. 360.

² Н. А. Власенко отмечает: «Законодательство, как правило, не предусматривает наступление юридической ответственности за неиспользование своих полномочий субъектами права» (Власенко Н. А. Теория государства и права : учеб. пособие. 2-е изд. М. : Проспект, 2011. С. 193). Возникает вопрос: а в каких исключительных случаях возможно привлечение частного лица к юридической ответственности за неиспользование субъективных прав? Даже теоретически мы не можем представить ситуацию, когда лицо, с одной стороны, имеет субъективные права (речь не идет о тех субъективных правах, которые одновременно являются обязанностью) и, с другой стороны, несет юридическую ответственность за неиспользование того же права.

³ URL: <http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/estoppel> (04.01.2016).

⁴ Правило об эстоппеле действует также в международном публичном праве. Так, Международный суд правосудия ООН по делу Восточной Гренландии (Дания против Норвегии) заявление Норвегии о том, что она признает принадлежность Гренландии Дании, рассмотрел как эстоппель, в результате чего

новании принципа добросовестности. В таком случае лицу может быть отказано в реализации права и/или вовсе указано на утерю такого права в целом⁵.

В последнее время в российской литературе активно обсуждаются вопросы соотношения отказа от права и правила об эстоппеле⁶, следовательно, в данной работе мы только отметим, что эстоппель рассматривается как результат отказа от реализации субъективного права. Например, гражданский истец знает об основаниях отвода судьи, однако отказывается от своего процессуального права представлять ходатайство о самоотводе судьи. Согласно правилу об эстоппеле гражданский истец в результате своего предшествующего поведения (непредставления отвода судье) лишается права обжалования судебного акта по основанию беспристрастности судьи.

Правило об эстоппеле предусматривается также в позитивном процессуальном праве. Так, согласно ч. 1 ст. 4 Закона РА «О коммерческом арбитраже» («Отказ от права на возражение»), если стороне известно, что какое-либо положение Закона, применение которого стороны могут ограничить в их отношении, либо какое-либо требование арбитражного соглашения не было соблюдено и тем не менее сторона продолжает арбитражное производство, не заявляя своих возражений против такого несоблюдения без неоправданной задержки, или если для представления такого возражения предусмотрен конкретный срок, в течение этого срока, то считается, что данная сторона отказалась от своего права на представление возражения.

Иной пример: согласно ч. 1 ст. 47 Судебного кодекса РА (принятого в 2007 г.), апелляционный суд не вправе принимать новое доказательство и при рассмотрении дела основывает-

ся только на доказательствах, представленных в суд первой инстанции. Если при рассмотрении дела в суде первой инстанции доказательство не было представлено по не зависящим от воли сторон обстоятельствам, апелляционный суд отменяет дело и направляет его в соответствующий суд первой инстанции на новое рассмотрение, если сочтет, что доказательство имеет существенное значение для разрешения дела. Из этого регулирования вытекает, что если в суде первой инстанции сторона отказалась от процессуального права представления доказательства, хотя могла реализовать это право, то формируется эстоппель: она лишается процессуального права представления доказательства в апелляционном суде.

В науке гражданского права делается попытка разграничения понятий «отказ от права» и «отказ от реализации права». Например, в случае отказа от реализации права лицо лишь проявляет бездействие, его воля не направлена на прекращение этого права; а в случае отказа от права цель и действия правообладателя должны быть однозначно направлены на прекращение права⁷. В другом случае отмечается, что отказ от права обладает правопрекращающим эффектом (следовательно, является именно отказом от права) только тогда, когда законом это прямо предусмотрено, например отказ от наследства (ст. 1157 ГК РФ). От отказа от права следует отличать воздержание от осуществления субъективного права, не имеющее правопрекращающего эффекта⁸. В ГК РА используются понятия «отказ от реализации гражданского права» (ч. 2 ст. 11) и «отказ от права» (например, ст. 280). Вопросы соотношения этих двух понятий в науке российского гражданского права были глубоко рассмотрены⁹.

Норвегия была лишена возможности предъявления требований Дании по поводу принадлежности Гренландии (см.: *Eastern Greenland case (Denmark v Norway) (Merits) [1933] PCIJ (ser A/B) No 53*). Про эстоппель подробно см.: *Ovchar A. Estoppel in the Jurisprudence of the ICJ A principle promoting stability threatens to undermine it // Bond Law Review: Vol. 21. Iss. 1. Article 5. URL: <http://epublications.bond.edu.au/blr/vol21/iss1/5> (05.01.2016)*.

⁵ Лашков Н. С. Критический анализ возможности заимствования английских доктрин waiver и estoppel российским правом // URL: <http://xn----7sbbaj7auwnffhk.xn--p1ai/article/22284> (13.02.2017).

⁶ О соотношении отказа от права и эстоппеля см.: *Седова Ж. И., Зайцева Н. В.* Принцип эстоппель и отказ от права в коммерческом обороте Российской Федерации. М.: Статут, 2014; *Лашков Н. С.* Указ. соч.

⁷ *Суханова Ю. В.* Отказ от субъективных гражданских прав: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Казань, 2009. С. 12.

⁸ *Саркисян А. В.* Доктрина отказа от права: опыт сравнительно-правового анализа // URL: <http://pressto.amu.edu.pl/index.php/ppuam/article/view/4607/4718> (10.12.2017).

⁹ *Суслов А. А.* Отказ от осуществления гражданских прав: проблемы разграничения со смежными категориями // Академический юридический журнал. 2017. № 1 (67). С. 27—32.

В рамках общей теории права понятия «отказ от субъективного права» и «отказ от реализации субъективного права» соотносятся как целое и часть. Как мы отметили, от субъективного права можно отказаться, давая согласие на вмешательство в субъективное право, отказываясь от реализации субъективного права. Следовательно, отказ от реализации субъективного права является одним из способов отказа от субъективного права.

3. ВИДЫ ОТКАЗА ОТ РЕАЛИЗАЦИИ СУБЪЕКТИВНОГО ПРАВА

От реализации субъективного права можно отказаться, не используя его (материально-правовой отказ) или прекращая право, находящееся на стадии правоиспользования (процедурный отказ). В случае материально-правового отказа носитель права проявляет допустимое бездействие: например, согласно ч. 1 ст. 38 Конституции РА каждый имеет право на образование, однако гражданин РА решает не воспользоваться правом на получение высшего образования и не участвовать в объявленном конкурсе. В случае процедурного отказа носитель права совершает определенные действия: например, обвиняемый, имея защитника, в процессе предварительного следствия решает осуществлять защиту самостоятельно и заявляет органу, осуществляющему производство, об отказе от защитника, этим прекращая свое право на защитника, находящееся на стадии правоиспользования.

Разница между материально-правовым и процедурным видом отказа наиболее ясно понимается на примере отказа от права на обжалование. Так, название ст. 383 УПК Черногории (No. 57/09, 18.08.2009) на английском сформулировано следующим образом: «Waiving and Abandoning an Appeal», что на русском означает «отказаться от обжалования и отозвать жалобу». Название ст. 386 УПК Швейцарии (принят 05.10.2007, в редакции от 01.07.2015) на немецком языке сформулировано: «Verzicht und Rückzug», что на русский язык переводится как «Отказ и отзыв»¹⁰. Отказ от обжалования (англ. — *waiving an appeal*, нем. — *Verzicht*) является видом материально-правового отказа от реализации права на обжалование, в случае которого лицо в сроки, установленные законом, отказывается подавать жалобу. Отзыв

жалобы (англ. — *abandoning an appeal*, нем. — *Rückzug*) является видом процедурного отказа от реализации права на обжалование, в случае которого лицо подало жалобу, однако в дальнейшем не желает продолжить производство обжалования.

4. ФОРМЫ ОТКАЗА ОТ РЕАЛИЗАЦИИ СУБЪЕКТИВНОГО ПРАВА

При отказе от субъективного права лицо проявляет определенное поведение — действие или бездействие, из которого объективно видно его намерение отказаться от реализации субъективного права. Можно выделить следующие формы отказа от реализации субъективного права: бездействие, одностороннее действие и двустороннее соглашение.

Отказ от реализации субъективного права *бездействием* имеет место в том случае, когда человек не пользуется своим правом. Например, лицо отказывается от права избирать или от права на образование бездействием, если изначально не пользуется правом выбора или получения высшего образования. Способом отказа от реализации субъективного права бездействием является также непредставление со стороны правообладателя требования в сфере обеспечения права. Например, нетребование в порядке и в сроки, установленные законом, возврата имущества от добросовестного приобретателя (бездействие) со стороны собственника транспортного средства, которое находится в розыске, а также если перештампованы или стерты номера мотора или идентификационного номера, рассматривается как отказ от права на собственность (ч. 1 ст. 280 ГК РА).

Отказ от реализации субъективного права *односторонним действием* имеет место в том случае, когда лицо совершает определенное действие, из которого вытекает его намерение отказаться от реализации субъективного права, например письменное или устное заявление об отказе от реализации субъективного права. Согласно ч. 1 ст. 179 ГК РА, от движимого имущества можно отказаться, бросив его или иным образом оставив его, с целью отказа от права собственности на него (брошенное имущество). Законом может быть установлено совершение дополнительных действий для отказа от субъективного права на имущество отдельного вида.

¹⁰ Трефилов А. А. Уголовный процесс зарубежных стран. М. : НИПКЦ Восход-А, 2016. Т. 1 (15). С. 842.

Например, согласно ч. 2 ст. 280 ГК РФ, отказ от права собственности является основанием для прекращения прав и обязанностей собственника с того момента, когда иное лицо приобретает право собственности в отношении этого имущества. В данном случае отказ от права собственности может осуществить функцию юридического акта, прекращающего правоотношение, например государственная регистрация прекращения права в порядке, установленном законом (отмена государственной регистрации). Для того чтобы лицо, отказывающееся от права собственности, освободилось от обязанностей, связанных с собственностью, например от обязанности платить налог на имущество, оно должно принять меры для отмены государственной регистрации права собственности.

Отказ от реализации субъективного права *двусторонним соглашением* имеет место в том случае, когда обе стороны правоотношения дают согласие не пользоваться своим субъективным правом (не реализовать свое субъективное право). Выделение этой формы реализации субъективного права условно, так как в этом случае, по большому счету, имеет место отказ от права бездействием, но стороны заранее достигли согласия о проявлении бездействия. Так, согласно ч. 1 ст. 45 Судебного кодекса РФ, если стороны в суде первой инстанции заключили соглашение об отказе от права на апелляцию, то апелляционный протест, принесенный заключившей (заключившими) такое соглашение стороной (сторонами), подлежит рассмотрению апелляционным судом только при согласии другой стороны, заключившей такое соглашение.

Отдельные авторы различают отказ от права и согласие на воздержание от реализации права, указывая, что отказ от права является односторонним действием, в результате которого право окончательно прекращается, а согласие на воздержание от реализации того или иного права ограничено определенным сроком¹¹. Подобное разграничение основано на идее, что отказ от права окончателен и нельзя отказываться на определенный срок. В данном случае необходимо избегать абсолютных суждений. В целом отказ от права является конкретным и окончательным, однако возможны исключи-

тельные случаи реанимации (оживления) отказанного права. Отказ от права на обжалование тоже является оживляемым правом, только учитывая, что отказ от этого права был совершен двусторонним соглашением, следовательно, законодатель установил, что реанимация права и рассмотрение апелляционной жалобы возможны лишь с согласия другой стороны.

5. СОЦИАЛЬНОЕ ЗНАЧЕНИЕ ОТКАЗА ОТ РЕАЛИЗАЦИИ СУБЪЕКТИВНОГО ПРАВА

Оценить социальное значение отказа от реализации субъективного права сложно, так как сталкиваются, с одной стороны, идея автономии лица (человек свободен распоряжаться своими субъективными правами), с другой стороны, общественное требование реализации права (реализация прав человека, его результаты полезны как для носителя права, так и для всего общества). Так, большая часть теоретиков считает, что отказ от субъективного права (как правомерное пассивное поведение) имеет негативное социальное значение. «Пассивное правомерное поведение определяется как намеренное уклонение от пользования своими субъективными правами, своеобразное юридическое самоограничение. Это — абсентеизм, т.е. уклонение избирателей от участия в голосовании на выборах, уклонение от участия в общественно полезном труде, отказ от создания семьи и т.д. Такое поведение далеко не безобидно с точки зрения общественных интересов, поскольку пассивная позиция граждан в правовой, политической, экономической и других сферах отделяет их от современных реалий. В настоящее время российское общество нуждается не столько в законопослушных людях (оно, конечно же, в них нуждается), сколько в личностях, отличающихся способностью проявлять инициативу, активно реализовать предоставленные права. Социальное затворничество отрицательно сказывается и на состоянии самого гражданина, порождает у него безразличие к окружающему, суживает круг его интеллектуальных интересов»¹². Другой автор отмечает: «Ближайшее социальное окружение личности характеризуется не только условиями и факторами, играющими положитель-

¹¹ Бойко Т. С. Отказ от права и воздержание от осуществления права: российский и англо-американский подходы // Закон. 2012. № 3.

¹² Кожевников С. Н. Правовое поведение и правонарушение: сущность и содержание : учеб.-метод. пособие. 2-е изд., испр. и доп. Н. Новгород : Интелсервис, 2002. С. 30.

ную роль в осуществлении прав и свобод, но и отрицательно действующими обстоятельствами, которые могут быть настолько сильными, что личность способна отказаться от реализации того или иного права или свободы в конкретных условиях в зависимости от места, времени. Известно, что в ряде случаев граждане не хотят и не реализуют те или иные права там, где, казалось бы, они **должны были** это сделать (например, не жалуются при нарушении их права, не обращаются за защитой в судебные органы и т.д.)»¹³.

Р. Иеринг также отрицательно оценивал отказ от защиты прав, в то время как, например, Г. Гроций положительно оценивал те случаи, когда лицо отказывается от права на требование в судебном порядке возмещения причиненного ему вреда. Так, Р. Иеринг отмечал: «По отношению к должнику, который стремится лишить меня моего права, который спекулирует на моем страхе перед процессом, моей лени, неподвижности, слабости, я должен отстаивать свое право, чего бы это ни стоило; если я этого не делаю, я отказываюсь не только от этого права, но и от права вообще»¹⁴. А Г. Гроций отмечал: «Я согласен, что до пришествия Христа были дозволены некоторые вещи, в смысле известной внешней безнаказанности и в отношении внутренней чистоты души, чего Христос, однако же, не пожелал разрешить тем, кто следует его учению, как, например, расходиться с женой по любому поводу или же требовать удовлетворения в судебном порядке за причинение любого ущерба. Но между заповедями Христа и такими дозволениями имеется лишь некоторая разница, но не противоречие. Ибо тот, кто не расходится с женой, кто отказывается от принадлежащего ему права взыскания, ничуть не нарушает закон; напротив, он поступает так согласно с высшим велением закона»¹⁵.

Вопросы социального значения отказа от реализации публичных и частных субъективных прав надо обсудить в отдельности.

Социальное значение отказа от реализации публичного субъективного права

В предреволюционный период господствовал тот подход, что в публичном праве первично чувство общественного долга человека, следовательно, он при реализации своих субъективных прав должен принимать за основу идею общественного долга. Например, А. Елистратов отмечал: «Публичное право предъявляет свои требования к должностным лицам и к гражданам во имя общего блага и, таким образом, заставляет их класть в основание своей публичной деятельности момент общественного долга.... момент долга, или обязанности, продолжает сохранять в публичном праве доминирующее значение. Сама возможность использовать публичное правомочие в большем или меньшем объеме либо совсем его не использовать подчинена этому моменту. Известным требованиям общественного долга подчинены публичные права не только власти, но и граждан»¹⁶.

Наиболее ярким видом публичных субъективных прав считают обыкновенно избирательное право. Г. Шершеневич отмечал, что избирательное право нельзя причислить к обязанностям, потому что в современных конституциях гражданам представляется, а не вменяется голосовать. Правда, избирательное право, будучи результатом борьбы населения за участие во властвовании, конструируется как право, но по существу это обязанность. Гражданину дана возможность избирать властвующих в общих интересах, а не его личных, как это имеет место при праве собственности¹⁷.

В предреволюционный период политические права рассматривались одновременно в качестве обязанности человека. Б. Чичерин отмечал, что политические права являются не только правами, но и обязанностью гражданина перед обществом. Участие в политических делах является специфической должностью,

¹³ Витрук Н. В. Общая теория правового положения личности. М. : Норма, 2008. С. 420.

¹⁴ Иеринг Р. фон. Борьба за право / пер. В. И. Лойко. 17-е изд. СПб., 1912. С. 30.

¹⁵ Гроций Г. О праве войны и мира : Три книги, в которых объясняются естественное право и право народов, а также принципы публичного права / пер. с лат. А. Л. Саккетти. М. : Госюриздат, 1956. С. 95—96.

¹⁶ Елистратов А. И. Понятие о публичном субъективном праве. II. «Теория субъективных публичных прав» А. А. Рождественского. М. : Печатня А. Снегиревой, 1913. С. 6—7.

¹⁷ Шершеневич Г. Ф. Общая теория права : Философия права. Часть теоретическая. М. : Изд. бр. Башмаковых, 1910. Т. 1. Вып. 1—4.

от хорошего выполнения которой зависит благополучие всего общества¹⁸. Другой автор указывал, что акт избрания соединяет в себе и осуществление некоторого личного права, и выполнение некоторой общественной обязанности¹⁹.

Представление о верховенстве общественного долга человека вытекало из коммунистической идеологии. Например, Х. Герхард, критикуя характеристику статуса человека, данную специалистами частного права, отмечал, что индивид не должен представляться нейтральным по отношению к обществу; он не должен выступать как пассивный носитель возможных прав и обязанностей, как индивид, существующий только для самого себя. Такое определение соответствует положению гражданина в обществе, где господствует частная собственность²⁰.

В современных конституционных реалиях, если, говоря о публичных субъективных правах человека, понимать только политические права человека (такое утверждение строго условно), то понятно, что отказ от публичных субъективных прав (политических прав) с позиции общественных интересов не может иметь позитивного значения. Общество заинтересовано в том, чтобы его члены были активны и осуществляли свои политические права. Однако история права свидетельствует о том, что общественное требование реализации прав не является настолько влиятельным, чтобы публичное субъективное право одновременно было закреплено как обязанность.

Социальное значение отказа от реализации частного субъективного права

В отличие от публичных субъективных прав, отказ от частных субъективных прав сам по себе не рассматривается как негативное явление; более того, идея свободного распоряжения правами, в том числе отказа от реализации прав, была распространена именно в частном праве. Несомненно, в вопросе реализации частного субъективного права преобладают частный интерес и автономия лица. Иметь собственность

или отказаться от нее, принимать наследство или отказаться от него, обращаться в суд с требованием возврата долга или отказаться от права требования долга — во всех этих вопросах общественный интерес либо отсутствует, либо находится на втором плане. Следовательно, с социальной позиции отказ от реализации частного субъективного права не может рассматриваться как негативное явление.

Впрочем, отказ от частного субъективного права хотя не является негативным явлением, в некоторых случаях может быть нежелательным для третьих лиц. Например, лицо отказывается от принятия открытого наследства, в результате чего не может погасить заем, взятый в банке. В подобном случае банк заинтересован, чтобы лицо приняло наследство и смогло погасить долги перед ним. Специалист гражданского права Ю. Гамбаров отмечал: «Отправление права по общему правилу предоставлено усмотрению того, кому принадлежит само право, и именно поэтому оно только право, а не обязанность. Воздержание от его отправления может быть ущербно как для управомоченного субъекта, так и для третьих лиц. Первый может утратить право иска и потерпеть другие невыгодные последствия устранения себя от пользования своим правом, но эти последствия не носят характера наказания, так как воздержание от отправления права не есть недозволенное действие. Третьи лица могут быть также заинтересованы в отправлении управомоченным лицом его права, но для осуществления этого интереса им не предоставлено какого-либо права на иск. Например, если я не отправляю принадлежащего мне права предпочтительной покупки имущества, то ущерб может быть нанесен и моему кредитору, ничем, однако, не защищенному от этого ущерба. Равным образом кредитору не дают права требовать от своего должника вступления в открывшееся для него наследство, если бы от этого зависело даже удовлетворение вполне законных претензий первого. Только в исключительных случаях кредиторам предоставлена возможность требовать принятия наследства»²¹.

¹⁸ Чичерин Б. Н. Философия права. Избранные сочинения. М. : Юрайт, 2017. С. 312.

¹⁹ Котляревский С. А. Конституционное государство. Опыт политико-морфологического обзора. СПб. : Изд. Г. Ф. Львовича, 1907. С. 104.

²⁰ Ханай Г. Социалистическое право и личность / пер. с нем. Ю. П. Урьяса и Н. А. Захарченко ; под ред. Н. П. Фарберова. М. : Прогресс, 1971. С. 266.

²¹ Гамбаров Ю. С. Курс гражданского права. СПб. : Типография М. М. Стасюлевича, 1911. Т. 1 : Часть общая. С. 397.

6. ОТКАЗ ОТ РЕАЛИЗАЦИИ СУБЪЕКТИВНОГО ПРАВА БЕЗДЕЙСТВИЕМ

Для вопроса отказа от реализации субъективного права теоретическое значение имеет то, возможно ли субъективное право реализовать бездействием. Если приемлем тот подход, что бездействие является пассивной формой реализации субъективного права, то человек ни в каком случае не может отказаться от субъективного права, так как, проявляя бездействие, он не отказывается, а пассивным образом реализует свое право. По этому вопросу в теории существуют противоречивые мнения.

А. Бездействие является пассивным осуществлением субъективного права, а не отказом от субъективного права (его реализации)

По мнению некоторых авторов, использование норм права имеет место тогда, когда объекты совершают дозволенные законом действия. При этом решение о совершении либо несовершении того или иного действия принимается непосредственно субъектом, а реализацией нормы права является как активное (в форме действия), так и пассивное (в форме бездействия) поведение субъекта. Например, избирательное право считается реализованным (использованным) как в случае непосредственного участия гражданина в процессе голосования, так и в случае отказа от такого участия. Во втором случае считается, что гражданина устраивает любой результат выборов²². А. Поляков отмечает, что пассивная реализация своего права также представляет собой определенный текст. Например, гражданин, не реализующий свое право избирать кого-либо в законодательный орган своего государства, имеет на это право, и сам факт неявки на избирательный участок создает правовой текст, гласящий: «Субъект отказался от голосования на своем избиратель-

ном участке»²³. В. И. Червонюк также отмечает, что использование права — форма реализации, которая заключается в совершении субъектами действий, дозволенных правовыми нормами. Эта форма реализации права обусловлена наличием прав субъекта, которые он может осуществить в собственных интересах. Использование права чаще всего выражается в активной форме. В этом случае обладатель права совершает какие-либо действия (заключает сделки, собственник передает свое имущество в аренду, доверительное управление, может его завещать, подарить, продать и совершать иные дозволенные ему действия). Однако использование возможно и в несовершении определенных действий (отказ обвиняемого, подозреваемого давать показания, отказ свидетеля давать показания в отношении близких родственников (ст. 51 Конституции РФ), отказ обладателя активного избирательного права от участия в голосовании и др.)²⁴.

К тому же сторонники подхода реализации субъективного права в форме бездействия часто просто отмечают, что использование права предполагает осуществление правомочий субъекта и, следовательно, по его усмотрению здесь может иметь место как активное, так и пассивное поведение²⁵, не комментируя, что означает реализация субъективного права пассивным поведением.

Отдельные специалисты по конституционному праву Германии также отмечают, что понятие отказа от основного права не распространяется на непользование свободами, предоставленными основными правами, так как непользование как таковое является вариантом реализации прав свободы. Например, тот, кто не идет на какое-то собрание по своей воле, не отказывается от своего основного права на свободу собраний, а реализует его в негативном смысле²⁶.

²² Теория государства и права : учебник / под ред. Р. А. Ромашова. СПб. : Изд. Р. Асланова «Юридический центр-Пресс», 2005. С. 309.

²³ Поляков А. В., Тимошина Е. В. Общая теория права : учебник. СПб. : Изд. дом С.-Петерб. гос. ун-та, 2005. С. 390.

²⁴ Червонюк В. И. Теория государства и права : учебник. М. : Инфра-М, 2003. С. 207.

²⁵ Проблемы общей теории права и государства : учебник для вузов / под общ. ред. академика РАН, д. ю. н., проф. В. С. Нерсисянца. М., Норма, 2004. С. 423 ; Теория государства и права : учебник / под ред. В. К. Бабаева. М. : Юристъ, 2002. С. 449 ; Общая теория права и государства : учебник / под ред. В. В. Лазарева 2-е изд., перераб. и доп. М. : Юристъ, 1996. С. 208 ; Дробязко С. Г., Козлов В. С. Общая теория права : учеб. пособие для вузов. Минск : Амалфея, 2005. С. 322.

²⁶ Загс М. Конституционное право II. Основные права. Ч. I. Теория основных прав / пер. Л. Саргсян ; спец. ред. и перев. В. Погосян. Ер. : Тигран Мец, 2015. С. 203 (на арм. яз.).

В предреволюционный период специалист гражданского права Д. Мейер считал, что точно так же, как уничтожение вещи со стороны ее собственника составляет вид осуществления права собственности на нее, так и отречение от права составляет вид его осуществления²⁷.

Б. Бездействие является отказом от субъективного права, а не пассивной реализацией субъективного права

Иные авторы считают, что использование субъективного права возможно активными действиями²⁸. Так, М. Марченко отмечает, что осуществление (использование) прав или правомочий выражается в активной реализации возможностей, предоставляемых субъектам различных общественных отношений нормами права. Пример — осуществление гражданами России своих конституционных прав на объединение, включая право создавать профессиональные союзы для защиты своих интересов (ст. 30 Конституции РФ); право собираться мирно, без оружия, проводить собрания, митинги и демонстрации, шествия и пикетирование (ст. 31); право иметь имущество в собственности, владеть, пользоваться и распоряжаться им как единолично, так и совместно с другими лицами (ст. 35); право участвовать в управлении делами государства как непосредственно, так и через своих представителей (ч. 1 ст. 32)²⁹. А. Венгеров отмечает, что использование прав действительно предполагает активное, сознательное отношение к своим правам и свободам: субъект имеет возможность осуществить выбор разных вариантов поведения³⁰. Отдельные белорусские теоретики также считают, что использование права связано с совершением допустимых действий, которые могут осуществляться только по желанию и воле лица. По их мнению, с помощью использования происходит активное осуществление правомочий³¹.

В. Бездействие не является ни отказом от права, ни реализацией субъективного права

Определенная группа авторов считает, что отказ от права не может отождествляться с нереализацией или реализацией права. Так, отдельные специалисты по немецкому праву считают, что отказ от права следует отличать, в частности, от неосуществления права (Nichtausübung), реализации права (Verbrauch eines Rechts) и установления в соглашении договорных ограничений (vertragliche Einschränkung). Под неосуществлением права понимается простое бездействие (bloße Untätigkeit), которое отличается от отказа от права отсутствием волеизъявления, направленного на прекращение права. Неосуществление права не имеет какого-либо перспективного действия, влияющего на динамику права, что позволяет сохранить данное право. Лицо впоследствии может прервать свое бездействие и осуществить принадлежащее ему право, что не допускается при отказе. При реализации некоторых субъективных прав управомоченное лицо однократно использует, потребляет право, которое прекращается в результате такого потребления. Повторное использование этого права не допускается: лицо должно ждать возникновения новой правовой возможности (нового права)³².

ВЫВОДЫ

Возможна ли реализация субъективного права бездействием или это отказ от субъективного права? Чтобы ответить на этот вопрос, необходимо учитывать следующие обстоятельства:

Во-первых, надо различать реализацию субъективного права и реализацию свободы (право на свободу действий) совершения дея-

²⁷ Мейер Д. И. Русское гражданское право. По исправленному и дополненному 8-му изд., 1902. Изд. 3-е, испр. М. : Статут, 2003.

²⁸ Актуальные проблемы теории государства и права : учебное пособие / отв. ред. Р. В. Шагиева. М. : Норма, 2011. С. 418.

²⁹ Общая теория государства и права : академический курс : в 3 т. / отв. ред. М. Н. Марченко. М., 1998. Т. 2. С. 313.

³⁰ Венгеров А. Б. Теория государства и права : учебник для юрид. вузов. 3-е изд., испр. и доп. М., 2000. С. 430.

³¹ Общая теория государства и права / под ред. В. А. Кучинского ; Мин-во внутр. дел Республики Беларусь, Академия МВД. 2-е изд. Минск, 2014. С. 304.

³² Саркисян А. В., Новосельнов Д. А. Об отказе от права и его последствиях // Вестник экономического правосудия РФ. 2017. № 4. С. 107.

ния, не запрещенного законом. Согласно ст. 39 Конституции РФ, человек свободен делать все то, что не нарушает права других лиц и не противоречит Конституции и законам. В тексте Конституции употребляется формулировка «делать все то», из чего на первый взгляд кажется, что право на свободу действий с объективной стороны проявляется только в активных действиях, однако формулировка «делать все то» включает в себя также свободу проявления бездействия, не запрещенного законом, так как бездействие тоже является формой деяния.

С позиции права на свободу действий человек свободен решать, использовать ли свое субъективное право или нет (отказаться от реализации права). Если человек решает не использовать свое субъективное право, то есть отказывается от реализации конкретного субъективного права, то это не реализация (использование) этого субъективного права, а реализация принципа свободы действий. Иными словами, в случае отказа от субъективного права человек осуществляет бездействием не это право, а право на свободу действий. Например, если лицо отказывается от участия в выборах, то он не реализует свое активное избирательное право, а бездействием осуществляет право на свободу действий.

Считаем, что рассмотрение отказа от субъективного права как формы использования этого права обусловлено тем обстоятельством, что реализация конкретного субъективного права не отличается от реализации права на свободу действий.

Во-вторых, при реализации субъективного права в форме использования лицо преследует конкретный правовой интерес. Реализуя свое субъективное право активными действиями, лицо имеет цель приобрести определенные материальные или нематериальные блага. Если лицо в целях использования конкретного субъективного права не совершает активных действий, то это означает, что оно, отказываясь от права, преследует иной интерес, отличающийся от результатов реализации данного субъективного права. Например, в случае отказа от реализации конкретного права человек преследует как минимум интерес самостоятельного распоряжения своей свободой, что вытекает из права на свободу действий. Следовательно, в случае рассмотрения бездействия (пассивного поведения) в качестве реализации субъективного права (пассивной реализации субъективного права) «реализация» этого права становится

беспредметной. Например, если лицо не пользуется правом на получение образования (бездействие), то означает ли это, что оно своим пассивным поведением осуществляет (использует) свое право на образование, ведь в результате использования права на образование лицо должно приобрести соответствующие знания, навыки, однако в случае неиспользования права на образование (вернее — отказа от права на образование) лицо не приобретает знаний или навыков. В случае подобного бездействия, пассивного поведения говорить, что человек осуществил свое право на образование, будет означать — говорить о реализации беспредметного права и о реализации права на образование без получения образования. Разговор о «реализации» права на образование без приобретения знания или навыка создает иллюзию реализации субъективного права. В случае отказа от права на образование лицо, безусловно, реализует свободу своей воли (право на свободу действий), свободно принимает решение не пользоваться своим правом на образование, однако это еще не может оцениваться как использование права на образование.

В-третьих, в позитивном праве отдельные субъективные права закреплены в форме проявления бездействия, например, согласно ч. 2 ст. 20 УПК РФ, лицо, которому орган, осуществляющий уголовное производство, предлагает сообщить сведения или предоставить материалы, обосновывающие его виновность, виновность супруга (супруги) или близких родственников в совершении преступления, имеет право отказаться от сообщения этих сведений и предоставления материалов. В случае подобной законодательной формулировки субъективного права мы должны признать, что если лицо отказывается от сообщения сведений, обосновывающих его виновность (бездействие), то это может быть оценено как реализация права бездействием. К тому же мы должны отметить, что в указанном примере, когда лицо отказывается сообщать сведения о себе, этим оно преследует определенный правовой интерес — не способствовать своему осуждению данными им сведениями.

В-четвертых, подход к рассмотрению пассивного поведения в качестве «реализации» субъективного права может быть обусловлен тем, что и активное использование, и неиспользование права (отказ от права) не могут вызывать неблагоприятные последствия для человека (речь не идет о правиле об эстоппе-

ле). Например, согласно ч. 4 ст. 62 УПК РА, использование подозреваемым своих прав или отказ от их использования не может толковаться во вред подозреваемому и вызывать какое-либо неблагоприятное последствие. Отсутствие неблагоприятных последствий у активного использования субъективного права или отказа от него может создать ложное представление о реализации одного права в активной и пассивной формах. Использование (реализация) субъективного права и отказ от его использо-

вания (отказ от права) *per se* не могут вызывать негативные последствия, однако из этого не вытекает, что отказ от субъективного права надо оценивать как пассивную «реализацию» этого права.

Таким образом, бездействие является отказом от субъективного права, а не пассивным осуществлением субъективного права. Путем бездействия лицо реализует не конкретное субъективное право, а право на свободу действия.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Актуальные проблемы теории государства и права : учебное пособие / отв. ред. Р. В. Шагиева. — М. : Норма, 2011.
2. Венгеров А. Б. Теория государства и права : учебник для юрид. вузов. — 3-е изд., испр. и доп. — М., 2000.
3. Дробязко С. Г., Козлов В. С. Общая теория права : учеб. пособие для вузов. — Минск : Амалфея, 2005.
4. Загс М. Конституционное право. II. Основные права. Ч. I. Теория основных прав / пер. Л. Саргсян ; спец. ред. и перев. В. Погосян. — Ер. : Тигран Мец, 2015 (на арм. яз.).
5. Мейер Д. И. Русское гражданское право. По исправленному и дополненному 8-му изд., 1902. — Изд. 3-е, испр. — М. : Статут, 2003. — (Классика российской цивилистики).
6. Общая теория государства и права : академический курс : в 3 т. / отв. ред. М. Н. Марченко. — М., 1998. — Т. 2.
7. Общая теория государства и права / под ред. В. А. Кучинского ; Министерство внутренних дел Республики Беларусь, Академия МВД. — 2-е изд. — Минск, 2014.
8. Общая теория права и государства : учебник / под ред. В. В. Лазарева. — 2-е изд, перераб. и доп., — М. : Юристъ, 1996.
9. Поляков А. В., Тимошина Е. В. Общая теория права : учебник. — СПб. : Изд. дом С.-Петерб. гос. ун-та, 2005.
10. Проблемы общей теории права и государства : учебник для вузов / под общ. ред. академика РАН, д. ю. н., проф. В. С. Нерсисянца. — М. : Норма, 2004.
11. Саркисян А. В., Новосельнов Д. А. Об отказе от права и его последствиях // Вестник экономического правосудия РФ. — 2017. — № 4.
12. Теория государства и права : учебник / под ред. В. К. Бабаева. — М. : Юристъ, 2002.
13. Теория государства и права : учебник / под ред. Р. А. Ромашова. — СПб. : Изд. Р. Асланова «Юридический центр-Пресс», 2005.
14. Червонюк В. И. Теория государства и права : учебник. — М. : Инфра-М, 2003.

Материал поступил в редакцию 17 мая 2018 г.

**PASSIVE BEHAVIOR (OMISSION TO ACT): IMPLEMENTATION OF A LEGAL RIGHT
OR A WAIVER OF IMPLEMENTATION OF A LEGAL RIGHT**

GAMBARYAN Artur Sirekanovich, Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Theory and History of the State and Law of the Russian-Armenian University, Deputy Chairman of the Investigative Committee of the Republic of Armenia (Yerevan)
0051, Armenia, Yerevan, ul. Rustaveli, d. 90
artur.ghambaryan@gmail.com

Abstract. *The article discusses the issue of whether implementation of a legal right is possible by means of omission to act or whether an omission to act constitutes a waiver of a legal act. The author proposes to distinguish between implementation of the legal right and implementation of the freedom to commit an act that is not prohibited by law (the right to freedom to act). In addition, implementing the legal right in the form of its exercise, an individual pursues a specific legal interest, an individual has the aim to acquire certain tangible or intangible benefits. If a person, for the purpose of exercising a particular legal right does not act, it means that he, relinquishing the right, pursues a different interest than the results of implementation of a particular legal right.*

Keywords: *waiver, omission to act, exercise of a legal right, passive behavior, relinquish implementation of a legal right.*

REFERENCES

1. Aktualnye problemy teorii gosudarstva i prava : uchebnoe posobie [Actual problems of the theory of state and law : a study guide]. R. V. Shagieva (ed). Moscow, Norma, 2011. (In Russ.).
2. Vengerov A. B. Teoriya gosudarstva i prava : uchebnik dlya yurid. vuzov [Theory of the State and law : a textbook for law faculties]. 3rd ed., revised and suppl. Moscow, 2000. (In Russ.).
3. Drobyazko S. G., Kozlov V. S. Obshchaya teoriya prava : ucheb. posobie dlya vuzov [General theory of law : a study guide for law faculties]. Minsk, Amalfeya publ, 2005. (In Russ.).
4. Zags M. Registry office M. Konstitutsionnoe pravo. II. Osnovnye prava. Ch. I. Teoriya osnovnykh prav. [Constitutional Law. II. Fundamental rights. Part I. The Theory of Fundamental Rights]. L. Sargsyan trans., spec. ed. and trans. V. Pogosyan. Yerevan, Tigran Metz publ, 2015 (In Armenian).
5. Meyer D. I. Russkoe grazhdanskoe pravo. Po ispravlennomu i dopolnennomu 8mu izd. [Russian Civil Law. By corrected and supplemented 8th edition]. 1902. 3rd ed., revised. Moscow, Statut Publ, 2003. (Klassika rossiyskoy tsivilistiki [Classic Russian Civil Law]). (In Russ.).
6. Obshchaya teoriya gosudarstva i prava : akademicheskiy kurs : v 3 t. [General theory of the state and law : academic course : in 3 vols]. M. N. Marchenko (ed.). Moscow, 1998. Vol. 2. (In Russ.).
7. Obshchaya teoriya gosudarstva i prava [General theory of the state and law]. V. Kuchinskiy (ed), Ministry of Internal Affairs of the Republic of Belarus, Academy of the Ministry of Internal Affairs Publ., 2nd ed. Minsk, 2014. (In Russ.).
8. Obshchaya teoriya prava i gosudarstva : uchebnik [General theory of law and the State : a textbook]. V. V. Lazareva (ed), 2nd ed., revised and supplemented, Moscow, Yurist Publ., 1996. (In Russ.).
9. Polyakov A. V., Timoshina E. V. Obshchaya teoriya prava : uchebnik [General theory of law : a textbook]. St. Petersburg, St. Petersburg State University Publishing House, 2005.
10. Problemy obshchey teorii prava i gosudarstva : uchebnik dlya vuzov [Problems of general theory of law and the State : a textbook for law schools]. Ed. by RAS Academician, Doctor of Law, Prof. V. S. Nersesyants (ed.). Moscow, Norma Publ., 2004. (In Russ.).
11. Sarkisyan A. V., Novoselnov D.A. Ob otkaze ot prava i ego posledstviyakh [On the waiver of a legal right and its consequences]. *Vestnik ekonomicheskogo pravosudiya RF*. 2017. No. 4. (In Russ.).
12. Teoriya gosudarstva i prava : uchebnik [Theory of the state and law : a textbook]. V. K. Babayev (ed.). Moscow, Yurist Publ., 2002. (In Russ.).
13. Teoriya gosudarstva i prava : uchebnik [Theory of the state and law : a textbook]. R. A. Romashov (ed.), St. Petersburg, "Yuridicheskiy Tsentr Press" Publ., 2005. (In Russ.).
14. Chervonyuk V.I. Teoriya gosudarstva i prava : uchebnik [Theory of the state and law : a textbook]. Moscow, Infra-M Publ., 2003. (In Russ.).