

ПРЕДИСЛОВИЕ

Непосредственным поводом к созданию данного сборника послужил разговор с А.Г. Карапетовым, в ходе которого Артем Георгиевич поинтересовался у меня, почему мы не выпускаем сборники работ наших выпускников по примеру РШЧП и МГУ. Этот вопрос, признаться, поставил меня в тупик, и я не нашел что ответить уважаемому собеседнику (как, собственно, не знаю на него ответа и сейчас).

И действительно, почему? Ведь нам есть чем гордиться.

Магистратура по гражданскому праву существует в СПбГУ уже около 20 лет. Все эти годы она пользуется повышенной (и, на мой субъективный взгляд, заслуженной) популярностью среди абитуриентов, регулярно обновляя рекорды конкурса не только на юридическом факультете, но и в Университете в целом.

За это время выпускниками нашей магистратуры стали свыше 400 человек. Большинство из них нашли себя в профессии и успешно работают в органах государственной (в том числе судебной) власти, крупных отечественных и зарубежных корпорациях, банках, юридических фирмах или занимаются частной практикой. Уровень их профессиональной подготовки чрезвычайно высок¹, а статус магистра гражданского права СПбГУ является «знаком качества» для работодателей.

Весьма значительным является и научный потенциал наших выпускников. Имена многих из них (в том числе принявших участие в настоящем сборнике) известны по публикациям в ведущих юридических журналах, сборниках статей, монографиям².

¹ Косвенным подтверждением этого служит тот факт, что в рамках всероссийских конкурсов по частному праву, проводившихся НИУ ВШЭ в 2017–2018 гг., команда СПбГУ, в которую входили в том числе и наши магистранты, оказалась единственной дважды занявшей призовые места (3-е и 1-е соответственно).

² Вот лишь небольшой их список: *Агеев А.В.* Проблемы регулирования потестативных условий // *Вестник экономического правосудия РФ.* 2015. № 1. С. 84–106; № 2. С. 39–87; *Багаев В.А.* Владение недвижимостью для давности по российскому и английскому праву // *О собственности: Сборник статей к юбилею К.И. Скловского* / Сост. М.А. Ерохова. М.: Статут, 2015. С. 7–64; *Евдокимова Е.А.* К вопросу о необходимости и формах публичного контроля за реализацией права залога // *Закон.* 2017. № 8. С. 180–189; *Заброцкая А.М.* (в соавт. с А.А. Павловым). Новые принципы регулирования солидарных обязательств // *Вестник ВАС РФ.* 2011. № 9. С. 62–93; *Иванов Н.В.* Авторские и смежные права в музыке: Учебно-практическое пособие / Под ред. А.П. Сергеева. М.: Проспект, 2009; 2-е изд. М.: Проспект, 2015; *Иванова А.И.* (в соавт. с А.О. Рыбаловым). Фидуциарная собственность и классический залог // *Вестник экономического правосудия РФ.* 2019. № 5. С. 108–129; *Краснова Т.С.* Комментарий к Обзору судебной

Однако какого-либо общего (централизованного) представления о новом поколении петербургской цивилистической школы, их успехах и достижениях на научном поприще отечественное юридическое сообщество до настоящего дня не имело. Восполняя этот досадный пробел, я представляю вниманию читателей настоящий сборник. В него вошли статьи, написанные выпускниками нашей кафедры последних лет на основе (по мотивам) их магистерских работ. Представленные статьи не объединены какой-либо общей узкой тематикой и посвящены актуальным вопросам общей теории гражданского права, представительства, проблемам вещного и обязательственного права. Такой подход к формированию сборника был избран сознательно: он призван, с одной стороны, продемонстрировать публике всю палитру направлений научных исследований наших выпускников и их уровень, а с другой — позволить максимально широкому кругу читателей найти в нем что-то интересное и полезное для себя.

В завершение хотелось бы выразить благодарность Артему Георгиевичу Карапетову за идею создания этого сборника, а также за помощь в ее реализации.

Приятного чтения!

*А.А. Павлов,
кандидат юридических наук, доцент,
научный руководитель магистерской программы
СПбГУ «Гражданское право;
семейное право»*

практики по делам об установлении сервитута на земельный участок, утверждено-му Президиумом ВС РФ 26.04.2017 // Вестник экономического правосудия РФ. 2017. № 7. С. 157–176; *Мельниченко О.А.* Прекращение альтернативного обязательства зачетом // Законы России: опыт, анализ, практика. 2010. № 12. С. 37–44; *Новосельнов Д.А.* Уведомление о переходе права требования и видимость права: о правовой позиции в Постановлении Президиума ВАС РФ от 04.10.2011 № 5339/11 // Московский юрист. 2012. № 3. С. 87–95; *Ноздрачева А.Ю.* Обзор судебной практики по вопросу соотношения института прощения долга со смежными правовыми конструкциями // Вестник экономического правосудия РФ. 2019. № 7. С. 202–223; *Руднев А.П.* Возмещение потерь в обновленном ГК РФ: «спящая красавица» российского права // Вестник экономического правосудия РФ. 2016. № 11. С. 106–123; *Савиных В.А.* Субсидиарная ответственность: экономическое содержание и правовая сущность // Вестник ВАС РФ. 2012. № 12. С. 59–69; *Салмин Д.Н.* К вопросу об условиях ограничения кондиционно-го обязательства размером наличного обогащения // Вестник экономического правосудия РФ. 2018. № 6. С. 124–175.

ОТКАЗ ОТ ПРАВА: ОПЫТ СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВОГО АНАЛИЗА

А.В. САРКИСЯН,
*магистр гражданского права (СПбГУ, 2016),
LLM (Гамбург), докторант (Гамбург),
адвокат (Санкт-Петербург), консультант отдела общих проблем
частного права ИЦЧП имени С.С. Алексеева при Президенте РФ*

1. Введение

1.1. Если представить отечественную цивилистическую материю в виде средневековой карты, то на участке, отведенном для проблематики отказа от права¹ и смежных с ним правовых явлений, было бы написано *hic sunt dracones* — земли не только неизведанные (*terra incognita*), но и опасные² (*terra periculosa*) для незадачливого путника.

Действительно, перечень проблем, связанных с понятием отказа от права, обширен — от общих вопросов соотношения с ограничением правосубъектности, отдельными проявлениями принципа эстоппель до негативных обязательств и отрицательных сервитутов.

При этом на практике отказ от права или смежные с ним явления часто используются при структурировании отдельных сделок, в частности: 1) соглашений о реструктуризации задолженности, в рамках которых кредиторы, помимо прочего, обязуются на определенное время воздержаться от реализации прав на обращение в суд с требованием о взыскании просроченной задолженности (*standstill agreements*); 2) корпоративных соглашений участников хозяйственных обществ, где регулируются условия реализации отдельных корпоративных прав, например воздержания от голосования, отказа от права на выход из обще-

¹ Здесь и далее мы будем рассматривать феномен отказа от субъективного гражданского права.

² Так, Верховный суд США в деле *Green v. United States* (355 U.S. 184, 191 (1957)) указал, что термин «отказ» является чрезвычайно расплывчатым, а потому способен одинаково послужить как во благо, так и во зло (подробнее о данном феномене см. также: *Rubin E.L. Towards a General Theory of Waiver // UCLA Law Review. 1981. Vol. 28. P. 489–491.*

ства или от права продажи долей (акций) третьим лицам; 3) соглашений о купле-продаже бизнеса (M&A), в рамках которых продавцы или покупатели обязуются отказаться от любых прав на оспаривание ранее совершенных продаваемой компанией сделок и пр.¹

1.2. Несмотря на то что рассматриваемая тема имеет не только большой академический, но и практический интерес, серьезных комплексных исследований, посвященных институту отказа от права и его отграничению от смежных правовых явлений, в России почти не проводилось.

Предлагаемые современной отечественной цивилистической мыслью научные разработки по данной проблематике, к сожалению, либо носят частный и неполный характер, уделяя внимание лишь отдельным аспектам поставленных проблем, либо являются обзорными, сводятся к констатации плачевного состояния отечественной правоприменительной практики и рекомендуют использовать иностранное право для структурирования сделок². Нам известна только одна кандидатская диссертация на исследуемую тему³.

2. Постановка проблемы

2.1. Отправной точкой для наших рассуждений станет п. 2 ст. 9 ГК РФ, устанавливающий, что отказ граждан и юридических лиц от осуществления принадлежащих им прав не влечет прекращения этих прав, за исключением случаев, предусмотренных законом.

Правоприменительная практика истолковала данное положение следующим образом: правообладатели не могут своей волей и в своем интересе прекратить принадлежащее им субъективное право и, не-

¹ См. подробнее: *Бойко Т.С.* Отказ от права и воздержание от осуществления права: российский и англо-американский подходы // Закон. 2012. № 3 (СПС «КонсультантПлюс»).

² См. подробнее: *Диденко А.Г.* Об утрате гражданских прав // Основные проблемы частного права: Сборник статей к юбилею доктора юридических наук, профессора Александра Львовича Маковского / Отв. ред. В.В. Витрянский и Е.А. Суханов. М.: Статут, 2010. С. 396–408; *Каранетов А.Г.* Правовая природа и последствия нарушения ковенантов в финансовых сделках // Частное право и финансовый рынок: Сборник статей. Выпуск 1 / Отв. ред. М.Л. Башкатов. М.: Статут, 2011. С. 106–168; *Бойко Т.С.* Указ. соч.; *Береева Н.* Механизмы *no waiver* и *waiver of right* в материально-правовом и процессуальном аспектах внешнеторговых споров // Правоведение. 2012. № 6. С. 27–30.

³ *Суханова Ю.В.* Отказ от субъективных гражданских прав: Дис. ... канд. юрид. наук. Самара, 2008.

зависимо от ранее изъявленной ими воли, вправе его в дальнейшем осуществить и требовать его судебной защиты¹.

Запрет на отказ от права стал аксиомой, нередко не требующей дополнительного обоснования, кроме ссылки на положения п. 2 ст. 9 ГК РФ, при толковании самых разных волеизъявлений².

2.2. Подобный подход правоприменительной практики не является судебным волюнтаризмом и нежеланием активного осмысления допустимости отказа от права, а, к сожалению, основывается на принципиальной идее: несмотря на закрепление в качестве системообразующих принципов гражданского законодательства автономии воли и диспозитивности осуществления прав, «обладание правом является ценностью более значимой, чем описанная диспозитивность»³. А.Л. Маковский вскользь упоминает п. 2 ст. 9 ГК РФ как усиливающий другой принцип гражданско-правового регулирования — защиту слабой стороны в гражданско-правовых отношениях⁴. Е.В. Вавилин прямо называет принцип «непрекращения права» тем функциональным принципом осуществления гражданских прав, который устанавливает пределы принципа диспозитивности⁵.

Таким образом, в российской цивилистике сложилась достаточно прочная позиция, поддерживающая указанное толкование п. 2 ст. 9 ГК РФ в судебной практике.

Возможно, во время коренных экономических преобразований конца прошлого века, которые нашли воплощение в части первой ГК РФ, соответствующие нормативные положения и были оправданы исходя из конкретно-исторических условий. Так, при переходе

¹ Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 3 февраля 2010 г. по делу № А82-3770/2009-8; постановления ФАС Дальневосточного округа от 24 декабря 2012 г. № Ф03-5475/2012 по делу № А24-783/2012, от 9 ноября 2011 г. № Ф03-5287/2011 по делу № А73-2945/2011; постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 17 декабря 2013 г. по делу № А45-30039/2012 и др.

² В качестве примера см.: Практика применения Гражданского кодекса РФ части первой / Под общ. ред. В.А. Белова. М.: Юрайт-Издат, 2008. С. 75–77 (автор комментария к гл. 2 – Р.С. Бевзенко).

³ Яковлев В.Ф. Избранные труды. Т. 2: Гражданское право: История и современность. Кн. 1. М.: Статут, 2012 (СПС «КонсультантПлюс»).

⁴ Маковский А.Л. Концепция Гражданского кодекса России // Маковский А.Л. О кодификации гражданского права (1922–2006). М.: Статут, 2010. С. 303.

⁵ Вавилин Е.В. Осуществление и защита гражданских прав. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Статут, 2016. С. 314, 316.

от плановой модели экономики к рыночной государство не было готово отказаться от общезапретительного метода правового регулирования и активного патернализма.

Теперь же, спустя почти 20 лет с момента перехода «экономического Рубикона», эти категоричные и не предусматривающие каких-либо изъятий из общего правила нормы и их консервативное восприятие правоприменителем стали тормозить динамично развивающийся оборот, который требует отхода от указанной патерналистской идеи. Запрос оборота не остался незамеченным и отдельными представителями цивилистической доктрины, признающими свободу в отказе от принадлежащих лицу прав как общее правило¹.

Вместе с тем в основных развитых правовых системах отсутствуют подобные российским общие императивные предписания о запрете на отказ от прав².

Источники унификации европейского договорного права также закрепляют принципиальную возможность отказаться от права, «которое уже возникло и о котором сторона осведомлена» (ст. II.—1:102(3) Модельных правил европейского частного права (Draft Common Frame of Reference (далее — *DCFR*))); при этом комментаторы указывают, что подобный отказ возможен даже тогда, когда само право проистекает из императивной нормы³.

Интеграция нашего государства в мировую экономику, формирование глобального рынка требуют системной и адекватной корректировки действующего нормативно-правового регулирования с учетом эффективного и вдумчивого использования зарубежного опыта.

2.3. Несмотря на то что проблема отказа от права не вышла из разряда «малоизученных», тем не менее применительно к ней существуют как минимум две противостоящие друг другу позиции.

Первая из них была обозначена нами выше и сводилась к недопустимости отказа от права.

¹ См., например: *Бойко Т.С.* Указ. соч.; *Каранетов А.Г.* Указ. соч. С. 134; *Савельев А.И.* Свободные лицензии на программное обеспечение в контексте реформы гражданского законодательства // Вестник гражданского права. 2012. Т. 12. № 4. С. 79–81.

² Поправки к опубликованному тексту законопроекта о внесении изменений в ГК РФ (по состоянию на 22.04.2011) / Группа по общим вопросам гражданского права (mfc-moscow.com/assests/file/documents/gk_gp_220411.pdf). С. 1–2.

³ Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition / Chr. von Bar, E. Clive, H. Schulte-Nölke (eds.) (http://www.transformacje.pl/wp-content/uploads/2012/12/european-private-law_en.pdf). P. 176.

Вторая позиция, которую поддерживает автор, основывается на том, что п. 2 ст. 9 ГК РФ закрепляет вполне очевидное положение: пассивное неосуществление права, а равно выражение воли на его *неосуществление* в иной форме *сами по себе* не влекут прекращения права¹. Однако отказ от права как *прямое волеизъявление о прекращении права* основывается на автономии воли и вытекающей из нее свободе не только осуществления, но и распоряжения субъективным правом, а потому (при буквальном толковании закона) не может охватываться сферой действия запрета п. 2 ст. 9 ГК РФ.

2.4. Призыв второго лагеря доктрины, по-видимому, был услышан также и Судебной коллегией по экономическим спорам ВС РФ. В Определении от 1 августа 2016 г. № 308-ЭС15-6280(3) по делу № А32-29459/2012 практически впервые высшая судебная инстанция признала возможным отказ от субъективного гражданского права, в отношении которого в законе нет ни слова о допустимости отказа от него. На первый взгляд может показаться, что позиция, выраженная в указанном Определении, касается специфического вопроса статуса требований кредитора в реестре требований кредиторов в конкурсном производстве. Однако анализ нескольких достаточно абстрактных умозаключений ВС РФ позволяет утверждать, что высшая инстанция, мотивируя свое решение, смотрела на проблему шире. Так, Судебная коллегия отметила:

«Юридические лица по своему усмотрению осуществляют принадлежащие им гражданские права (пункт 1 статьи 9 ГК РФ).

<...>

Закон не запрещает залогодержателю отказываться от части своих прав...»

ВС РФ также счел, что принципы автономии воли участников гражданского оборота (п. 2 ст. 1 ГК РФ) и свободного осуществления прав (п. 1 ст. 9 ГК РФ) устанавливают в качестве общего правила *допустимость отказа от любого гражданского права*. Суд проигнорировал ранее довлевшую над практикой норму п. 2 ст. 9 ГК РФ, совершенно не восприняв ее в тексте рассматриваемого Определения.

Указанные обстоятельства подтолкнули нас к изучению вопроса о месте отказа от права в системе юридических фактов, правовой природе отказа от права, базовых принципах его функционирования и условиях его действительности. В настоящей статье сделана попытка кратко, но содержательного анализа отказа от права и его значения

¹ Ср.: Бойко Т.С. Указ. соч.; Береева Н. Указ. соч.

в гражданско-правовом регулировании. При этом в предмет исследования не будет входить большой перечень проблем ограничения отказа от права от смежных правовых явлений, которым будет посвящена отдельная работа.

3. Сравнительно-правовой аспект

3.1. Истоки отказа от права в римском праве

Еще в римском праве можно обнаружить институт, который по своим внешним атрибутам напоминал «классический» отказ от права: *renuntiatio* предполагала простой отказ лица от права или заявление такого лица о нежелании приобрести право¹.

Уже в указанный период наметилось различие в подходах к отказу от конкретных видов прав: вещных и обязательственных. Например, применительно к вещным правам указывалось, что право можно утратить путем выбрасывания или оставления своей вещи (*derelictio*)².

Более содержательную разработку отказ от права получил по отношению к обязательственным правам. Так, в римском праве существовали явления, которые в той или иной степени напоминали (или содержали элементы) отказа от права в его современном понимании: *remissio debiti* (освобождение от долга), *acceptilatio* (платеж посредством меди и весов без реального исполнения)³, *pactum de non petendo* (соглашение о непредъявлении требования)⁴.

С учетом потребностей гражданского оборота и развития рыночных отношений институт отказа от права более содержательной проработки в рамках римского права не получил.

Рассмотрению концептуальных особенностей отказа от права в англосаксонской и германской правовых семьях будут посвящены два дальнейших подраздела настоящего исследования.

¹ *Гримм Д.Д.* Лекции по догме римского права. М.: Зерцало, 2003. С. 184–185.

² Римское частное право: Учебник / Под ред. проф. И.Б. Новицкого и проф. И.С. Перетерского. М.: ИКД «Зерцало-М», 2012. С. 209 (автор разд. V – В.А. Краснокутский).

³ «Акцептиляция совершается путем формального вопроса и ответа, соответствующего вопросу и ответу при стипуляции... Quod ego tibi promisi, habesne acceptum? Набео – то что я тебе обещал, получил ли ты? Я получил (Гай. 3. 169)» (Римское частное право: Учебник / Под ред. проф. И.Б. Новицкого и проф. И.С. Перетерского. С. 308 (автор разд. VII – И.С. Розенталь)).

⁴ «Ульпиан (D. 2. 15. 2) говорит, что «окончить спор миром можно не только применением аквилеивой стипуляции, но и на основании заключенного соглашения о непредъявлении требования» (Римское частное право: Учебник / Под ред. проф. И.Б. Новицкого и проф. И.С. Перетерского. С. 310–311 (автор разд. VII – И.С. Розенталь)).

3.2. Отказ от права в англосаксонской правовой семье

Институту отказа в системе общего права посвящена доктрина *waiver* — многомерное и удивительное по своей правовой природе явление. Она нашла отражение практически во всех отраслях права и тесно связана с каждым субъективным правом¹: в уголовном праве², уголовно-процессуальном праве³, страховом праве⁴, трудовом праве⁵,

¹ *Rubin E.L.* Op. cit. P. 478. Перечень литературы в сносках ниже дан в том числе с учетом аналитического обобщения, приведенного в: *Berg J.W.* Understanding Waiver // *Houston Law Review*. 2003. Vol. 40. No. 2. P. 282–344 (доступно в Интернете по адресу: https://scholarlycommons.law.case.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1235&context=faculty_publications).

² См. подробнее: *Dix G.E.* Waiver in Criminal Procedure: A Brief for More Careful Analysis // *Texas Law Review*. 1977. Vol. 55. No. 2. P. 193–268; *Goldman K.A.* Criminal Waiver: The Requirements of Personal Participation, Competence and Legitimate State Interest // *California Law Review*. 1966. Vol. 54. P. 1262–1300 (доступно в Интернете по адресу: <http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2915&context=californialawreview>); *Spritzer R.S.* Criminal Waiver, Procedural Default and the Burger Court // *University of Pennsylvania Law Review*. 1978. Vol. 126. No. 3. P. 473–514 (доступно в Интернете по адресу: https://papers.ssrn.com/abstract_id=1469402); *Westen P.* Away from Waiver: A Rationale for the Forfeiture of Constitutional Rights in Criminal Procedure // *Michigan Law Review*. 1977. Vol. 75. P. 1214–1261 и т.д.

³ См. подробнее: *Dix G.E.* Op. cit.; *Kaplan D.S., Dixon L.* Coerced Waiver and Coerced Consent // *Denver University Law Review*. 1996–1997. Vol. 74. P. 941–956; *King N.J.* Priceless Process: Nonnegotiable Features of Criminal Litigation // *UCLA Law Review*. 1999. Vol. 47. P. 113–181 (доступно в Интернете по адресу: https://ir.vanderbilt.edu/bitstream/handle/1803/6309/Priceless_Process.pdf?sequence=1&isAllowed=y); *Spritzer R.S.* Op. cit.; *Westen P.* Op. cit.; *Ausness R.C.* “Waive” Goodbye to Tort Liability: A Proposal to Remove Paternalism from Product Sales Transactions // *San Diego Law Review*. 2000. Vol. 37. No. 2. P. 293–345 (доступно в Интернете по адресу: https://uknowledge.uky.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1490&context=law_facpub); *Hall M.A.* A Theory of Economic Informed Consent // *Georgia Law Review*. 1997. Vol. 31. No. 2. P. 511–586; *Fleming J., Jr.* Assumption of Risk // *Yale Law Journal*. 1952. Vol. 61. No. 2. P. 141–169 (доступно в Интернете по адресу: https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4111&context=fss_papers); *Marcus R.L.* The Perils of Privilege: Waiver and the Litigator // *Michigan Law Review*. 1986. Vol. 84. P. 1605–1655 (доступно в Интернете по адресу: http://repository.uchastings.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1466&context=faculty_scholarship); *Zacharias F.C.* Waiving Conflicts of Interest // *Yale Law Journal*. 1998. Vol. 108. No. 2. P. 407–438 (доступно в Интернете по адресу: <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=7847&context=yjlj>); *Gordon E.* Multiculturalism in Medical Decision-Making: The Notion of Informed Waiver // *Fordham Urban Law Journal*. 1996. Vol. 23. No. 4. P. 1321–1362 (доступно в Интернете по адресу: <https://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1700&context=ulj>).

⁴ См. подробнее: *Russ L.R.* Couch on Insurance 3d. Vol. 2. West Group, 1995. § 22-79–22-80; *Ibid.* Vol. 13. § 194-29.

⁵ См. подробнее: *Harper M.C.* Age-Based Exit Incentives, Coercion and the Prospective Waiver of ADEA Rights: The Failure of the Older Workers Benefit Protection Act // *Virginia*

медиации¹, праве собственности², гражданском процессе³ и деликтном праве. Несмотря на это, в доктрине общего права нет единой, общей теории отказа от права⁴. В каждой отрасли он имеет свою специфику.

3.2.1. «Отказ от права — это не меч, но щит» — такую краткую, но вместе с тем емкую метафорическую характеристику дают ему в американской доктрине⁵. Ключевой функцией отказа от права (*waiver*) являются охрана достойного защиты доверия одной из сторон от непоследовательного поведения другой стороны и, как следствие, восстановление баланса интересов⁶. Отказ от права не создает самостоятельного права, выгоды, преимущества и привилегии и не изменяет условия реализации права⁷.

Классически под отказом от права понимают добровольный и преднамеренный отказ от известного права, требования, привилегии, выгоды или преимущества⁸. При этом в системе общего права выделяют следующие его признаки:

Law Review. 1993. Vol. 79. No. 6. P. 1294–1298; *Howard W.M.* Arbitrating Employment Discrimination Claims: Do You Really Have To? Do You Really Want To? // *Drake Law Review*. 1994. Vol. 43. No. 2. P. 269–273 (доступно в Интернете по адресу: <https://lawreviewdrake.files.wordpress.com/2016/09/howard.pdf>).

¹ *Strong J.M.* North Carolina Index 4th: An Encyclopedic Treatment of North Carolina Law. Vol. 10A. West Group, 2002. Divorced Separation. § 527.

² См. подробнее: American Jurisprudence 2d. Vol. 40. West Group, 1999. Homestead. § 187; *Zitter J.M.* Waiver of Right to Enforce Restrictive Covenant by Failure to Object to Other Violations // American Law Reports 5th. Vol. 25. Lawyers Cooperative Pub., 1994. P. 123.

³ American Jurisprudence 2d. Vol. 61A. West Group, 2002. Pleading. § 329, 395.

⁴ *Rubin E.L.* Op. cit. P. 479; см. также: *Tigar M.E.* Foreword: Waiver of Constitutional Rights: Disquiet in the Citadel // Harvard Law Review. 1970. Vol. 84. No. 1. P. 25–27 (доступно в Интернете по адресу: https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5874&context=faculty_scholarship).

⁵ American Jurisprudence 2d. Vol. 28. West Group, 1966. Estoppel and Waiver. § 183; *Corpus Juris Secundum*. Vol. 31. West Group, 1996. Estoppel and Waiver. § 86.

⁶ *Barker v. Wingo*, 407 U.S. 514 (1972); *Hruska v. First State Bank of Deanville*, 747 S.W.2d 783 (Tex. 1988).

⁷ American Jurisprudence 2d. Vol. 28. Estoppel and Waiver. § 183; *Corpus Juris Secundum*. Vol. 31. Estoppel and Waiver. § 86.

⁸ Наиболее известное определение отказа от права как «преднамеренного отказа от известного права или привилегии» в англосаксонской правовой семье приписывают решению Верховного суда США по делу *Johnson v. Zerbst* (304 U.S. 458, 464 (1938)). Отметим, однако, что данное определение не было новацией Верховного суда США — он попросту перефразировал уже сформулированную общим правом дефиницию: «intentional relinquishment of a known right» и «voluntary relinquishment of some right» (см.: *Clark v. West*,

1) отказ от права — правомерное волевое действие, преимущественно односторонний¹ акт², не предполагающий действий от стороны, в адрес которой он совершается³. Как следствие, к нему могут быть применены общие принципы контрактного права⁴;

2) отказ от права являет собой ясное, недвусмысленное и окончательное действие, направленное на определенную цель — отказаться от права⁵.

3.2.2. В каждом конкретном случае условие об отказе от права (и его действительность) является предметом судебной оценки⁶. При этом суды исходят из следующей совокупности признаков, которая может свидетельствовать о допустимости условия об отказе от права:

- *правовая природа и отраслевая принадлежность прав, от которых лицо отказывается*, — отказ от права допускается в отношении прав, вытекающих как из договора⁷, так и из закона;

193 N.Y. 349, 360, 86 N.E.1, 5 (1908)). Эту логику Верховного суда США продолжили федеральные суды (см.: *United States v. Wynn*, 528 F.2d 1048, 1050 (5th Cir. 1976); *Ricker v. United States*, 417 F. Supp. 133, 139 (D. Me. 1976); *Law v. United States Dep't of Agriculture*, 366 F. Supp. 1233, 1240 (N.D. Ga. 1973)).

¹ American Jurisprudence 2d. Vol. 28. Estoppel and Waiver. § 183.

² Данную позицию Верховного суда США поддержали и федеральные суды (см., например: *United States v. Wynn*, 528 F.2d 1048, 1050 (5th Cir. 1976); *Ricker v. United States*, 417 F. Supp. 133, 139 (D. Me. 1976); *Law v. United States Dep't of Agriculture*, 366 F. Supp. 1233, 1240 (N.D. Ga. 1973)).

³ *Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc.*, 32 N.J. 358, 161 A.2d 69 (1960); *Agricultural Ins. Co. v. Constantine*, 144 Ohio St. 275, 58 N.E.2d 658 (1944); *Cutler Corp. v. Latshaw*, 374 Pa. 1, 97 A.2d 234 (1953); *Valspar Refinish, Inc. v. Gaylord's, Inc.*, 764 N.W.2d 359 (Minn. 2009); *D & S Realty, Inc. v. Markel Ins. Co.*, 789 N.W.2d 1 (2010); *Commonwealth ex rel. Pennsylvania Attorney General Corbett v. Griffin*, 596 Pa. 549, 946 A.2d 668 (2008).

⁴ *Rubin E.L.* Op. cit. P. 512.

⁵ American Jurisprudence 2d. Vol. 28. Estoppel and Waiver. § 198—204.

⁶ *Alsens Am. Portland Cement Works v. Degnon Cont. Co.*, 222 N.Y. 34, 37, 118 N.E. 210, 210 (1917); *Titus v. Glens Falls Ins. Co.*, 81 N.Y. 410, 419 (1880); см. также: *Corpus Juris Secundum*. Vol. 31. Estoppel and Waiver. § 86.

⁷ Отказ от прав из договора возможен по общему правилу всегда (кроме тех случаев, когда в договоре предусмотрено «незаконное, недопустимое и аморальное» исполнение) и может быть принудительно исполнен (см.: American Jurisprudence 2d. Vol. 28. Estoppel and Waiver; см. также: *Wirt v. Parker Scholl Dist.*, 689 N.W.2d 901 (S.D. 2004)). В свою очередь отказ от прав из закона, особенно от некоторых конституционных прав, также возможен, но будет подчиняться более жестким стандартам (см.: American Jurisprudence 2d. Vol. 28. Estoppel and Waiver. § 200—204).

- *существование права* — отказаться можно только от существующего права¹;
- *знание о праве* — лицо, отказывающееся от права, должно знать о его существовании²;
- *наличие распорядительной власти в отношении права* — лицо, которое отказывается от права, должно обладать в отношении его полной распорядительной властью;
- *отсутствие нарушений прав и интересов третьих лиц, а также публичных интересов* — отказаться от права возможно лишь в случае, если это не затрагивает интересы третьих лиц³ и публичные интересы⁴;
- *встречное предоставление (consideration)* — отказ от права должен быть полезным: лицо, отказывающееся от права, должно извлекать в связи с этим соразмерную экономическую выгоду⁵; вместе с тем данное требование не всегда является обязательным⁶.

3.2.3. В англосаксонской правовой семье традиционно не предъявляют каких-либо специальных требований к форме отказа от права⁷.

¹ *Segrest P. Waiver and Estoppel // Baylor Law Review. 1968. Vol. 20. P. 332; ст. II.—1:102(3) DCFR.*

² *Ibidem.*

³ *American Jurisprudence 2d. Vol. 28. Estoppel and Waiver.*

⁴ *Rubin E.L.* Op. cit. P. 513. Например, суды в общей системе права ищут баланс между отказом от права на товарный знак и защитой от недобросовестной конкуренции (см.: *General Baking Co. Gorman*, 3 F.2d 891, 893 (1st Cir. 1925), отказом от права на часть заработной платы и правом на достойный уровень проживания (см.: *Peterson v. City of Parsons*, 139 Kan. 701, 33 P.2d 715 (1934)), отказом от права заявить об уголовном преступлении (см.: *McKenzie v. Lynch*, 167 Mich. 583, 133 N.W. 490 (1911)). Примечательно, что в двух последних делах отказ был признан недействительным. Интересно, что в таком ключе можно отказаться от права взыскивать убытки, но нельзя отказаться от права на иск из договора, который является недействительным (*American Jurisprudence 2d. Vol. 28. Estoppel and Waiver*). См. также: *Бойко Т.С.* Указ. соч.

⁵ Подчеркнем, что речь идет именно об экономической выгоде, которая позволяет оценить разумность действий лица, его мотивы и цели. Интересным примером является дело *Lacey v. Laird* (166 Ohio St. 12, 139 N.E.2d 25 (1956)), в рамках которого пациентка отказалась от своего права требовать компенсации из деликта за определенные типы травм взамен на проведение повторной операции. В деле *Alexander v. Gardner-Denver Co.* (415 U.S. 36 (1974)) профсоюз отказался от права на забастовку взамен на ежемесячную денежную компенсацию от работодателя.

⁶ См., например: *Бойко Т.С.* Указ. соч.

⁷ В основе данного подхода лежит идея, что развитый правопорядок, позволяя высокий уровень саморегулирования правовых отношений, должен защищать доверие лиц друг к другу, а в особенности такого лица, которое обоснованно полагалось на поведение другого лица.