

УДК / UDC 347.4

Соотношение *exceptio non adimpleti contractus* и *clausula rebus sic stantibus* как способов восстановления баланса интересов: теория и современное развитие

В. Л. Вольфсон

Санкт-Петербург, Российская Федерация

Повсеместное признание доктрины *clausula rebus sic stantibus*, потребность в которой особенно остро ощущается в периоды экономических потрясений, требует прояснения её соотношения с защитой должника по встречному обязательству, в частности вследствие невозможности исполнения первого обязательства.

Автор поставил перед собой задачу исследовать это соотношение на основе своей теории злоупотребления правом. Эта задача решается им путем раскрытия природы соответствующих интересов, порождающей и различия в их защите. В работе также исследован генезис института пересмотра договора в связи с существенно изменившимися обстоятельствами.

Обосновывается неизбежность размежевания обеих доктрин, их отдельное существование в современных законодательствах.

Ключевые слова: злоупотребление правом, существенное изменение обстоятельств, встречное обязательство, невозможность исполнения, синаллагма.

Выражаю признательность Н. В. Иванову за то, что обратил моё внимание на обстоятельство, ставшее решающим поводом к написанию этой статьи.

Для цитирования: Вольфсон В. Л. Соотношение *exceptio non adimpleti contractus* и *clausula rebus sic stantibus* как способов восстановления баланса интересов: теория и современное развитие // Ленинградский юридический журнал. 2020. № 4(62). С. 95–114.

Correlation of Exceptio Non Adimpleti Contractus and Clausula Rebus Sic Stantibus as Ways to Restore the Balance of Parties' Interests: Theory and Modern Developments

Vladimir L. Volfson

Saint Petersburg, Russian Federation

It is obvious that the *clausula rebus sic stantibus* doctrine is gaining a universal acceptance. This process, which tends to be specifically acute during periods of economic turmoil, poses a need to delve into the features of this doctrine that make it differ from protection of the debtor under reciprocal obligation, particularly when the first obligation is no longer possible to perform.

The author investigates this relationship on the grounds of his own theoretical views at the abuse of contractual right. Consequently, his aim is to reveal the nature of the respective interests that give rise to differences in their protection. The work also explores the genesis of the doctrine of revising the contract due to a fundamental change of circumstances.

It is inferred that both doctrines are subject to an inevitable delimitation. Modern legislation will see them as separate regimes.

Key words: abuse of right, fundamental change of circumstances, reciprocal obligations, impracticability, *sinallagma*.

Acknowledgements: I express my gratitude to N.V. Ivanov for drawing my attention to a circumstance of the utter importance that prompted me to write this article.

For citation: Vol'fson, V. L. (2020) Sootnoshenie exceptio non adimpleti contractus i clausula rebus sic stantibus kak sposobov vosstanovleniya balanssa interesov: teoriya i sovremennoe razvitiye [Correlation of Exceptio Non Adimpleti Contractus and Clausula Rebus Sic Stantibus as Ways to Restore the Balance of Parties' Interests: Theory and Modern Developments]. *Leningradskii yuridicheskii zhurnal – Leningrad Legal Journal*. No 4(62). pp. 95–114. (In Russian).

Введение

Тематика устойчивости договорных связей, вместе со своей доктринальной тенью, учением о допустимости их изменения, относятся, пожалуй, к категории проблем цивилистики, близящихся к универсальному разрешению. Гражданские законодательства одно за другим признают допустимость пересмотра договора. И даже в тех правовых системах, в которых этого не произошло, вряд ли сыщутся правоведы, которые будут утверждать, что принцип *pacta sunt servanda* может пониматься так, как это делалось ещё сто лет назад. При этом поиск ответа на вопрос о мере устойчивости договора закономерно оживляется в условиях потрясений хозяйственной жизни, в том числе и в переживаемый ныне 2020 г.

Несомненно, впрочем, что движение к цели не будет бесповоротным. Своим появлением статья призвана подтвердить этот тезис. И хотя проблемы устойчивости договорных связей, постольку, поскольку они связаны с осуществлением договорных прав, освещаются в докторской диссертации автора¹, поводом для написания самостоятельной работы

¹ Вольфсон В. Л. Особенности злоупотребления правом в договорном правоотношении // Портал «Закон.Ру» URL: <https://clck.ru/RyGEB> (дата обращения: 22.11.2020).

стала правовая позиция, включённая в Постановление Пленума Верховного Суда от 11.06.2020 № 6 «О некоторых вопросах применения положений Гражданского кодекса Российской Федерации о прекращении обязательств» (далее – Постановление № 6), где, на взгляд автора, допущено смешение последствий прекращения обязательства с невозможностью исполнения и пересмотра договора ввиду существенно изменившихся обстоятельств.

1. Договорные обязательства сторон и эффект злоупотребления правом

Субъективное договорное право, основанное на воле сторон договора, в отличие от того, что предопределено императивной нормой, есть признанное сторонами выражение интереса правообладателя; поэтому злоупотребление таким правом невозможно¹. В таком субъективном праве нет ничего, что не выражало бы субъективный интерес, а в интересе, выраженном в таком праве, – ничего, что осталось бы невыраженным и при этом бы не являлось юридически несуществующим. Принцип разумности субъектов гражданского права означает, что, во-первых, они, в дееспособном состоянии, имеют полную возможность самостоятельно распознавать и определять свои интересы, а во-вторых, выражают эти интересы в условиях договора в полном соответствии с таким, то есть собственным, их пониманием. Это и позволяет назвать способ взаимодействия сторон в договоре свободой договора. Стороны свободны в договоре постольку, поскольку способны действовать в своих интересах, распознавая, определяя и выражая их. Как только вводится допущение недостаточности указанной способности, свобода договора исчезает, и не только ввиду восполнения произволом судебного правотворчества, но и по более глубокой причине: нет свободы там, где субъект не признаётся компетентным превратить свой интерес в своё право. Мы убеждены, что только это понимание свободы договора позволяет увидеть её органичное следствие в принципе *pacta sunt servanda*.

¹ Понимание автором меры устойчивости договорных прав, являясь частным следствием его теории злоупотребления субъективными правами, изложено в § 4 третьей главы его докторской диссертации. Данный раздел работы опубликован на портале «Закон.ру»: <https://clck.ru/RyGEB>

Как следует из сказанного, исходить в понимании договорных условий из полноты распознавания, определения и выражения интересов можно, лишь не преступая черты, за которой заканчиваются разумные ожидания осуществимости этих ментальных операций. Там, где выявление субъектом своего интереса, а значит и его надлежащее выражение, невозможно, нельзя говорить о том, что субъективное право сполна выражает интересы той и другой стороны, и значит такой интерес нельзя считать признанным обязанным по этому праву контрагентом. Осуществление же права в целях удовлетворения интереса, непризнанного контрагентом, будет злоупотреблением правом. Описанный эффект чаще всего имеет место при таком изменении обстоятельств, которое пребывало за границей разумно допустимого при заключении договора. Сторона договора исключает возможность злоупотребления правом контрагентом при условии, что правоосуществление имеет место в пределах разумно мыслимого ею при заключении договора изменения обстоятельств. Условие договора, находящееся вне области договорной свободы, подлежит исправлению по требованию заинтересованной стороны на основании доктрины *clausula rebus sic stantibus* (ст. 451 ГК), и правила эти как раз и выражают пределы усмотрения, о которых здесь говорится. Но если бы конструкции специальных норм ст. 451 не существовало, тогда бы можно было говорить о злоупотреблении правом и противодействовать ему на основании общего правила ст. 10¹ [1, с. 97].

2. Разъяснения в Постановлении № 6, касающиеся последствий прекращения обязательства невозможностью исполнения

Теперь обратимся к правовой позиции в Постановлении № 6, которому мы обязаны мотивом для создания этой работы. В п. 39 имеется

¹ Непонимание соотношения субъективного права и интереса в договорном правоотношении, а как неизбежное следствие – и допустимой области злоупотребления субъективными договорными правами, стало причиной ошибочного разъяснения, вошедшего в п. 8 Постановления Пленума ВАС № 16 от 14.03.2014 № 16 «О свободе договора и его пределах» [1]. ВАС допустил возможность квалификации осуществления субъективного договорного права, образованного волей сторон, т.е. не основанного на императивной норме, как злоупотребления правом. Удивительно также то, что в этом же разъяснении, которое не могло не быть в первую очередь адресовано осуществлению права в условиях изменившихся обстоятельств, в том числе и вне области выявления сторонами своих интересов в момент заключения договора, специальный способ противодействия злоупотреблению правом, на основе предусмотренной в ст. 451 ГК конструкции, даже не упомянут.

следующее разъяснение: «По общему правилу, если обязанность одной стороны прекратилась невозможностью исполнения согласно пункту 1 статьи 416 ГК РФ, то прекращается и встречная обязанность другой стороны (пункт 1 статьи 328 ГК РФ). Исключения составляют случаи, когда на стороне лежит риск наступления невозможности исполнения в виде сохранения ее обязанности, несмотря на то, что встречная обязанность прекратилась (риск неполучения встречного предоставления), и (или) в виде наступления обязанности возместить убытки (риск убытков)». Это единственное сколько-нибудь существенное по тематике прекращения обязательств невозможностью исполнения в Постановлении № 6. Отметим также, что формула ст. 416 («за которое [обстоятельство] ни одна из сторон не отвечает») воспроизведена в синонимичной версии в п. 36 – «если эта сторона не несет риск наступления таких обстоятельств». Эта формула справедливо вызывает критику в доктрине¹: отвечает или не отвечает сторона за обстоятельство, это не реанимирует объективно неспособное к исполнению обязательство. Указание в п. 36 и п. 37 на то, что невозможность исполнения – это полная и окончательная невозможность, является общим местом в доктрине², хотя апокрифические предположения о временной невозможности ожидаемо участились в период пандемии³.

Представление о прекращении, по общему правилу, встречного обязательства вследствие невозможности исполнения обязательства другой стороной вызывает сомнения. В Модельных правилах ЕЧП (далее DCFR) [6] есть такая же норма⁴. Не исключено, что именно из DCFR обсуждаемая

¹ Павлов А. А. Комментарий к ст. 416 ГК // Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Часть первая (постатейный): учебно-практический комментарий / под ред. А. П. Сергеева. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Проспект, 2018. С. 1152.

² Данную позицию разделяет и высшая судебная инстанция. См., напр., п. 9 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 24.03.2016 г. N 7 «О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса РФ об ответственности за нарушение обязательств»; при этом Верховный Суд сохранил её и в условиях пандемии, включив её и «Обзор по отдельным вопросам судебной практики, связанным с применением законодательства и мер по противодействию распространению на территории Российской Федерации новой коронавирусной инфекции (COVID-19) № 1» (утв. Президиума Верховного Суда 21.04.2020 г.) См. вопрос 5, вопрос 7.

³ Вольфсон В. Л. Заключение о юридической силе Постановления Правительства РФ от 03.04.2020 № 442. Всё-таки вполне себе юриспруденция, а не вирусспруденция // Портал «Закон.Ру». URL: <https://clck.ru/RyGFW> (дата обращения: 22.11.2020).

⁴ Это п. 4 III. – 3:104 (impediment): Where the excusing impediment is permanent the obligation is extinguished. Any reciprocal obligation is also extinguished.

позиция позаимствована авторами Постановления № 6. Реплики с иностранного права и доктрины, особенно потому, что они в последние годы встречаются так часто, должны служить поводом не для угасания, а наоборот, для возбуждения дискуссии.

3. Соотношение разъяснения в Постановлении № 6 с гражданским законодательством

Прежде всего, несмотря на ссылку в разъяснениях на норму, регулирующую исполнение встречных обязательств (ст. 328), норма эта отнюдь не содержит правила о прекращении встречного, по отношению к тому, что прекращено невозможностью исполнения, обязательства. Ст. 328 даёт возможность приостановления или отказа от исполнения обязательства, обусловленного неисполненным обязательством другой стороны. Очевидно, что отказ от исполнения неравнозначен прекращению обязательства, тем более якобы (как подразумевается в обсуждаемом разъяснении) возникающему непосредственно из закона, а не по заявлению должника по встречному обязательству. И это ещё не всё: в соответствии со ст. 407, все основания прекращения, помимо тех, что устанавливаются в договорах, должны быть известны действующему законодательству (включая и возникающие по требованию стороны), а Постановление № 6 устанавливает основание, которого нет *de lege lata*, т.е. им самим изобретённое. Воздержимся здесь от каталиний в адрес неконституционной (в той мере, в какой она сама себя наделяет модальностью обязательности) юриспруденции и дадим ценностную оценку обсуждаемому разъяснению.

Создаётся впечатление, что Верховный Суд тут пошёл по пути своего рода формальной взаимности: если обязательство, в этой логике, просто не исполняется, то должник по встречному обязательству может лишь приостановить исполнение; если вероятность исполнения крайне низка или отсутствует, то, видимо, от исполнения встречного обязательства можно и отказаться, ну а если первое обязательство исполнить невозможно и оно поэтому прекращается – должно, в понимании Верховного Суда, прекратиться и встречное обязательство. Всякий формальный подход, независимо от оправданности, по определению не считается с различиями в природе явлений, которые он пытается охватить. И обсуждаемое разъяснение приобретает вид то ли попытки, то ли эффекта сублимации двух разных (по нашему мнению и с позиций действующего

российского права) институтов – невозможности исполнения обязательства, с одной стороны, и пересмотра договора ввиду существенно изменившихся обстоятельств на основании подразумеваемой оговорки об их неизменности (*clausula rebus sic stantibus*) – с другой.

4. Соотношение институтов невозможности исполнения и пересмотром договора ввиду существенно изменившихся обстоятельств

Различие между двумя этим институтами заключается в том, что исправление (здесь: включая расторжение) договора является феноменом договорного права, ибо в нём выражается необходимость, ввиду изменившейся, под влиянием внешних причин, конфигурации интересов, перенастройки обязательств сторон для достижения нового договорного равновесия. Невозможность же исполнения обязательства – это категория, относящаяся к судьбе только данного обязательства: здесь нет *per se* задачи устанавливать последствия данного обстоятельства для судьбы обязательства, находящегося с прекращённым в синаллагме. Приостановка исполнения и даже отказ от исполнения (известные как *exceptio non adimpleti contractus*), которые предусматриваются в ст. 328, – это ещё не движение к новому договорному равновесию. Это, как и само прекращение обязательства ввиду невозможности исполнения, – обязательно-правовое явление: оно не соприкасается с вопросом о существовании встречного обязательства и поэтому само по себе не может иметь значение и для договорного правоотношения, в котором существуют эти обязательства; но оно непосредственно влияет на исполнение встречного обязательства, ибо это предопределяется сущностью синаллагмы. Не стоит создавать дымовую завесу: это греческое понятие означает всего лишь взаимность, т.е. *do ut des*, простейший вид *causa credendi*. По этой причине российский законодатель обоснованно поместил норму о прекращении обязательства по невозможности исполнения в подраздел 1 («Общие положения об обязательствах») раздела III ГК («Общая часть обязательственного права»), а *clausula rebus sic stantibus* – в подраздел 2 этого раздела («Общие положения о договоре»).

При этом доктрина *rebus sic stantibus* по своей природе подразумевает исключительно судебное исправление пошатнувшегося равновесия. В области договорного права гражданское законодательство предпочитает не видеть во внешних переменах повод для легальной коррекции.

Риски изменения обстоятельств, по общему правилу, должны приниматься сторонами договора, поскольку они предположительно охватываются той возможностью распознавания и выражения своих интересов в условиях договора, которая и образует явление, достойное именоваться свободой договора. И только тогда, когда изменение обстоятельства, имеющего существенное значение для исполнения, имело место в области, до которой разумная способность к распознаванию субъектом своих интересов не простиралась, заинтересованная сторона может прибегнуть к специальному режиму, позволяющему на основании судебного акта исправить или расторгнуть договор, если то или другое необходимо для восстановления баланса интересов. Нет сомнений, что предпочтение судебного метода нормативному противодействию злоупотреблению правом здесь оправдано: ведь речь идёт об изучении, а затем и об исправлении (вплоть до лишения силы) повреждённого равновесия ввиду предположительной неспособности, в изменившихся обстоятельствах, согласованных сторонами условий рассматриваться как выражения их подлинных интересов; очевидно, что вменение абстрактной схемы для такого рода операций здесь было бы неприемлемо.

Прекращение обязательства по невозможности исполнения основывается, напротив, на установленном в законе правиле, не нуждающемся в применении судом для осуществления должником интереса в освобождении от исполнения. Прекращение обязательства в случаях, указанных в ст. 416 и 417 ГК, не является итогом исследования причин пошатнувшегося договорного равновесия, а именно, вывода о «неоперабельности» обнаруженного искажения; невозможность исполнения является объективным фактом, делающим ненужным какое-либо изучение интересов сторон обязательства, в том числе и уровень их осмотрительности с учётом распределения рисков, несмотря на явно неточную формулировку ст. 416.

Отметим, что смешение в п. 39 Постановления № 6 природы, а значит и функций двух разных институтов проявилось также и в неизбежной попытке учесть частные отличия внутри этой общности для того, чтобы смягчить последствия её искусственности: речь идёт об оговоренных в п. 39 «исключениях», связанных с претерпеванием должником по встречному исполнению рисков наступления невозможности исполнения первого обязательства. Однако, как показано ниже, применение техники распределения рисков является, во-первых, следствием отсутствия в

национальном законодательстве института пересмотра договора, а во-вторых, недостаточно для удовлетворительного решения вопроса о допустимости пересмотра. Кроме того, то, что Верховный Суд назвал «исключениями», т.е. специальные по отношению к ст. 328 последствия для синаллагмы невозможности исполнения, в делящихся гражданских правоотношениях встречается довольно часто – и в том числе потому, что указанное возложение рисков на должника по встречному исполнению необязательно объясняется тем, что тот несёт ответственность на началах риска за обстоятельства, предопределившие невозможность исполнения встречного обязательства. Так, в соответствии с п. 3 ст. 781 заказчик в договоре возмездного оказания услуг по общему правилу обязан возместить исполнителю фактически понесенные им расходы, причём данное правило, по прямому указанию в гипотезе нормы, применяется к тем случаям, когда невозможность исполнения обязательства по оказанию услуг возникла по обстоятельствам, за которые ни одна из сторон не отвечает. И хотя в доктрине встречается критика такого распределения рисков [5, с. 38], с нашей точки зрения, оно должно применяться только тогда, когда невозможность исполнения наступила после начала оказания услуги, в каковом случае оно выглядит обоснованным¹. Наконец, можно также обратить внимание на то, что слабость формально-логического подхода к взаимности во встречных обязательствах обнаруживает себя тогда, когда имеет место не невозможность, а крайняя затруднительность исполнения: следуя такому подходу, нельзя объявить встречное обязательство прекращённым, при том, что субстантивные, сколько-нибудь значимые для интересов сторон различия в причинах неисполнения могут вовсе отсутствовать². Нет сомнений, что оценить эти отличия (учесть их или, наоборот, отказаться с ними считаться в силу их малозначительности) может только суд, применяющий к спорному правоотношению правила о пересмотре договора.

Предоставляя возможность должнику по встречному обязательству приостановить исполнение или отказаться от него, синаллагматическая гармонизация в ст. 328 посредством *exceptio non adimpleti contractus* не создаёт фатальных последствий для обязательств сторон.

¹ Вольфсон В. Л. Заключение о юридической силе Постановления Правительства РФ от 03.04.2020 № 442. Всё-таки вполне себе юриспруденция, а не вирусспруденция // Портал «Закон.Ру». URL: <https://clck.ru/RyGFW> (дата обращения: 22.11.2020).

² См. ниже в этой работе о новой ч. 2 ст. 275 ГГУ и комментарий к ней.

5. Генезис и компаративизм

5.1. *Exceptio non adimpleti contractus* как общая защита против неисполнения синаллагматического договора

Прежде всего отметим, что правил о прекращении обязательства вследствие прекращения встречного с ним обязательства нам нигде, кроме DCFR, обнаружить не удалось, – ни в национальных кодификациях, ни в сборниках «мягкого права». При этом почти всюду предусматриваются последствия неисполнения в виде ограничений требований об исполнении встречного обязательства – как в виде специальных последствий невозможности исполнения (ст. 119 Швейцарского закона об обязательствах, ст. 326 новой редакции ГГУ, ст. 136 Кодекса обязательственного права Турции, ст. 1463 ГК Италии, ст. 1100 ГК Испании), так и в рамках *exceptio non adimpleti contractus*, общего правила об освобождении от встречного исполнения при неисполнении своего обязательства другой стороной (см., напр., ст. 320 ГГУ, ст. 1460 ГК Италии, ст. 82 Швейцарского закона об обязательствах, ст. 6:262 ГК Нидерландов). Впрочем, в ФГК отсутствует и общее правило о *exceptio non adimpleti contractus*¹; судебная практика, однако, неоднократно подтверждала применимость *exceptio* как существенного принципа обязательственного права [13].

5.2. Англо-саксонское право

В *common law* не наблюдается отличий между невозможностью исполнения и необходимостью расторжения договора – то и другое охватывается доктриной *frustration of contract*; адаптация же договора английскому праву вовсе неизвестна. Главным прецедентом здесь считается дело *Taylor v. Caldwell*² (в 1863 г. впервые признано, что гибель индивидуальной вещи может приниматься как подразумеваемое условие договора о невозможности его исполнения). Большая посылка этого решения была сочтена применимой ко всем случаям, когда индивидуальность предмета обязательства, в том числе, например, исполнительское мастерство пианистки³, имела существенное значение для договора. Такого рода невозможность исполнения получила наименование *frustration of purpose*, хотя суды могли признавать обязательство прекращённым и в

¹ Хотя предусмотрены специальные правила в ст. ст. 1612 для купли-продажи, 1704 для мены и 1948 для хранения.

² *Taylor v Caldwell* [1863] EWHC J1 (QB).

³ *Robinson v. Davison* 1874, L.R. 9 Q.B. 462.

случае продолжительного, но и не окончательно невозможного неисполнения¹ [16, с. 346]. Кроме того, из *ratio decidendi* по делу *Taylor v. Caldwell* усматривается то, что прекращение договора основано на подразумеваемом условии; так возникла *implied term theory*, одна из самых применимых при разрешении таких споров доктрин². В США основанием для освобождения должника от ответственности является правило в § 2 – 615 Единообразного торгового кодекса о нецелесообразности (*impracticability*) исполнения своего обязательства продавцом³.

5.3. Континентальная семья

В континентальной семье давно принято различать существенное изменение обстоятельств, как основание для прекращения или изменения договорного взаимодействия сторон, и невозможность исполнения. Оговорка *clausula rebus sic stantibus* встречается уже у глоссаторов [15, с. 16–18], соответствующие положения вошли в кодексы эпохи естественного права⁴. Но эта традиция нелинейна. Есть юрисдикции с давней кодификацией, где восстановление договорного равновесия под воздействием фатально изменившихся обстоятельств до сих пор легально не предусмотрено. Таковы, например, гражданские законодательства Швейцарии (ГК 1907 г., Закон об обязательствах 1911 г.) и Испании (ГК 1889 г.); при этом в них имеются, конечно, нормы о невозможности исполнения (ст. 119 Швейцарского закона об обязательствах, ст. 1184 ГК Испании). Для пересмотра договора суды могут использовать «требование добросовестности» (в понимании автора – противодействия злоупотребления правом). Однако при этом на доктрину *rebus sic stantibus* в XXI постоянно ссылаются в своей практике Верховный Суд Испании [10], а в Швейцарии суды применяют упомянутую выше ст. 373 Закона об обязательствах по анало-

¹ *Poussard v. Spiers & Pond* (1876), 1 Q.B.D. 410.

² См. напр. *Hirji Mulji v. Cheong Yue Steamship Co.* [1926] A.C. 497, 510.

³ Таковая возникает «вследствие наступления непредвиденного обстоятельства, если из существа заключённого между сторонами договора усматривается, что стороны исходили из того, что это обстоятельство не наступит, или вследствие добросовестного выполнения предписания нормативного или административного акта, применимого к отношениям сторон независимо от правопорядка и независимо от того, был ли он впоследствии признан недействительным».

⁴ *Codex Maximilianus bavaricus civilis* 1756 г., Прусское Земское Уложение 1794 г. и Австрийское Гражданское Уложение 1811 г. – применительно к предварительному договору.

гии [9]. В новые же кодификации гражданского права правила, допускающие и регулирующие пересмотр договора ввиду существенно изменившихся обстоятельств, включаются повсеместно¹. В отечественном гражданском законодательстве *clausula rebus sic stantibus* (выраженная в конструкции ст. 451) появилась 1.01.1995 г. В доктрине отмечается, что появление наряду с конструкцией невозможности исполнения института исправления договора в первой же редакции российского ГК свидетельствует о его «чрезвычайной прогрессивности» [7, с. 125].

В тексте ФГК *clausula rebus sic stantibus* отсутствовала до 2016 г. Французские суды её применяли, но прославились иезуитской взыскательностью по отношению к доктрине непредвидимости (*imprévision*)², которой французские юристы старались смягчить этот подход. В таком сверхжёстком понимании правила номинализма легко увидеть следствие неразличения доктрины существенно изменившихся обстоятельств (восстановления, поскольку это возможно, договорного равновесия) и прекращения обязательства невозможностью исполнения. В самом деле, до тех пор, пока суд не убедится в том, что невозможность исполнения является объективной и окончательной, он всегда будет колебаться между отказом в требовании об освобождении должника от обязательства и, особенно в условиях, когда правопорядок не позволяет заявить требования об исправлении договора, попыткой учесть непредвиденную затруднительность исполнения. После реформы обязательственного права *clausula* наконец вошла в легальный текст (ст. 1195).

¹ Пересмотр договора ввиду чрезвычайной обременительности (ст. ст. 478–480) предусматривает новый Гражданский кодекс Бразилии 2002 г. В гражданском законодательстве ещё одной крупнейшей страны мира, Турции, пересмотр договора вследствие существенно изменившихся обстоятельств стал возможен с 2012 г. (ст. 138 Кодекса обязательственного права Турции). В новом ГК Румынии (2011 г.) возможность адаптации и расторжения чрезмерно обременительного договора предусмотрена в ст. 1271 (близкой к тексту ст. 451 российского ГК, но с приоритетом адаптации, как и во французском праве). В ГК Чешской Республики (вступил в силу в 2014 г.) режим пересмотра закреплён в ст. ст. 1764 – 1766 (с весьма близким режимом к румынскому). Из новых кодексов общая оговорка о *rebus sic stantibus* отсутствует только в ГК Квебека (1994) – вероятно, под воздействием действующего на момент его создания французского права.

² В пример можно привести известное дело *Canal de Craponne* (1876 г.). Палата по гражданским спорам Кассационного суда указала, что «Ни в коем случае суды, сколь бы справедливым ни представлялось им такое решение, не могут, приняв во внимание время и обстоятельства, изменять соглашения сторон и вносить в них новые условия взамен тех, что были добровольно установлены сторонами».

В ГГУ (ст. 313) институт исправления договора ввиду существенно изменившихся обстоятельств появился в 2002 г. Доктрина «оговорки о неизменности обстоятельств» в период работы над ГГУ главным образом была представлена теорией Виндшейда; согласно этому воззрению, в сделке всегда имеется подразумеваемое предположение одной из сторон (от которого, однако, не ставится в зависимость действительность её воли) о сохранении договора только при определённом стечении обстоятельств [2, с. 151–166; 4, с. 17]. Неопределённость природы этого предположения привела к тому, что в ГГУ, как и в Кодексе Наполеона, нашла закрепление лишь невозможность исполнения (ст. 275), но не конструкция пересмотра договора ввиду существенного изменения обязательств. В отличие от французских коллег, германские судьи пытались проявлять гибкость и отступали от номинализма, особенно в послевоенные периоды, когда экономика страны была разрушена [3]. На системную шаткость обязательственного права без «оговорки о неизменности» намекают как названия, так и сам факт множественности доктрин, с помощью которых суды пытались найти выход из положения, когда невозможность исполнения не была полной, но положение должника было, тем не менее, безвыходным. Как правило, суды восстанавливали договорное равновесие, следуя своим представлениям о распределении рисков. Однако проблема начинается там, где за неполную невозможность (крайнюю затруднительность) ни одна сторона не отвечает, или отвечают обе стороны. Неизбежным в таких условиях представляется появление доктрины, согласно которой невозможность исполнения будто бы подразумевает также «экономическую невозможность» [8, с. 264]. В судах также применяется техника «дополнительного толкования»¹ [11]. Продолжением теории Виндшайда стала теория Ортмана об основании сделки (*Geschäftsgrundlage*). В отличие от предшественника, Ортман полагал необходимым, чтобы обе стороны исходили из предположения о некотором

¹ *Ergänzende Vertragsauslegung*. Данное толкование основано на ст. 157 ГГУ, предписывающим судам не отступать в понимании договорных условий от принципа добросовестности (*Treu und Glauben*) и учитывать действующие обычаи. Нам встретились разные объяснения доктрины *ergänzende Vertragsauslegung* – от выражения в ней принципа добросовестности до обнаружения в ней связи со ст. 9 Венской Конвенции о международной купле-продаже товаров в той части, в которой эта ст. 9 предусматривает использования обычая (*usage*) для толкования договора.

состоянии дел при заключении договора [15, 30]. За несколько лет до закрепления в ГГУ возможности пересмотра договора в германской доктрине высказывалось мнение, согласно которому большого значения популярности отсылок к теории Ортмана в этой и последующей практике сначала имперского, а затем и федерального суда Германии, придавать не следует [8, с. 283]. Считалось, что суды в любом случае разрешают дела, основываясь на своём представлении о распределении рисков, сложившемся для спорного правоотношения. Тем не менее, в ст. 313 ГГУ ценз существенности изменения обстоятельств для целей исправления договора понимается именно в соответствии с теорией разрушения каузы сделки (*Störung* или *Wegfall der Geschäftsgrundlage*). Отметим, что в ст. 451 российского ГК основанием для пересмотра выступает не дефект каузы, а дефект распознавания интересов, что, как это уже должно следовать из приведённых рассуждений, представляется автору этой статьи верным решением. При этом в ч. 2 ст. 275 законодатель закрепил возможность, с учётом существа обязательства и требований добросовестности, отказа должника от исполнения в случаях, когда оно потребует от него расходов и усилий, явно несообразных (*groben Missverhältnis*) с интересом в исполнении кредитора; при определении меры усилий, которые необходимо приложить должнику для исполнения обязательства, принимается во внимание, отвечает ли должник за обстоятельства, препятствующие исполнению. Но ни в доктрине, ни у судов нет сомнений в том, что ч. 2 ст. 275 не посягает на режим пересмотра договора вследствие изменившихся обстоятельств: эта норма применима только в исключительных ситуациях, когда интересы кредитора и должника приходят в очевидное несоответствие. Ст. 313, напротив, подлежит применению во всех тех случаях, когда нельзя утверждать, что исполнение полностью или по существу невозможно [12, с. 3]. Предлагается и более ограничительное толкование, согласно которому действие ч. 2 ст. 275 ГГУ должно сводиться к случаям, когда ни один разумный кредитор не стал бы ожидать исполнения [12, с. 3].

В итальянском праве возможность исправления синаллагматического договора появилась ещё в ГК 1942 г. – но в координатах истории, это можно считать современным изменением. Если затруднительность исполнения договора, ставшая следствием чрезвычайных и непредвиденных обстоятельств, в понимании суда подпадает под категорию

essesivamente onerosa, то договор может быть расторгнут (ст. 1467). Португальский ГК 1966 г. также предусматривает как институт пересмотра договора ввиду ошибки (ст. 252, ст. 437). При этом высказывается мнение о близости итальянской и португальской конструкции пересмотра к виндшейдовской теории предположения – следуя, вероятно, представлению о том, что она образует дихотомию с ортмановской теории основания, что нам видится искусственным [14].

Сборники мягкого права и международные договоры

Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА, в том числе 2016 г., содержат раздел 2 «Затруднения» (ст. 6.2.1 – 6.2.3). Статья 6.2.2. «Определение затруднения» даёт им описание, сходное с российским подходом к обсуждаемому институту и по существу, и по легальному его воплощению, и даже по используемой для этого юридической технике. В Венской Конвенции «О договорах международной купли-продаже товаров» (ст. 79) препятствие / *impediment* служит основанием освобождения от ответственности. В DCFR (Модельные правила ЕЧП) есть существенное изменение обстоятельств (III. – 1:110) и, как уже говорилось, III. – 3:104 (*impediment*). В п. 4 этой нормы установлено правило, согласно которому встречное обязательство прекращается, если первое обязательство прекращается ввиду препятствия его исполнению, имеющего неустранимый характер. Интересующему нас правилу в комментарии к DCFR, насчитывающему 4795 страниц, посвящено несколько строк на стр. 812, смысл которых в том, что встречное обязательство при неустранимом препятствии исполнению первого обязательства должно прекратиться (без объяснения причин). Тем не менее, если прекращается одно из обязательств по договору, в отношении каждого из которых предусмотрено встречное предоставление кредитора, тогда нужно рассматривать вопрос об уменьшении этого предоставления¹.

¹ Казалось бы, этот комментарий по своему смыслу соответствует одному из тех возможных последствий, которые призывает придавать невозможности исполнения автор этой работы. Однако приведенный далее авторами комментария пример (возможно, вследствие неудачного выбора) снова свидетельствует о том, что встречное обязательство, если оно точно соответствует обязательству, прекращённому невозможностью исполнения, они всё же считают подлежащим прекращению.

Заключение

Во-первых, невозможность исполнения обязательства как основание для его прекращения, являясь феноменом обязательственного права, само по себе, то есть в силу закона, не может приобретать значение правопрекращающего юридического факта для обязательства другой стороны, поскольку не приводит ни к невозможности исполнения, ни к полному исчерпанию объективного интереса кредитора в существовании (как это имеет место при зачёте однородных требований) этого другого обязательства, в том числе и встречного. Прекращение основанного на договоре обязательства невозможностью его исполнения юридически может затрагивать только исполнение (но не существование и не условия существования) встречного обязательства, находящегося с прекращённым в безусловной синаллагматической связи, то есть обязательство, чьё исполнение полностью обусловлено исполнением первого обязательства. Ввиду этого, должник по такому встречному обязательству, вполне естественно, вправе отказаться от исполнения или приостановить его – что он вправе делать даже и в тех случаях, когда неполучение исполнения не является окончательным (то есть когда первое обязательство не прекратилось). Должник также вправе не исполнять обязательство в натуре (п. 4 ст. 328 ГК). При этом должник по прекращённому обязательству не лишён возможности требовать как исполнения встречного обязательства в натуре, так и возмещения убытков, причём, подчеркнём это, мы не говорим о случаях, когда на должнике по встречному обязательству лежал риск наступления невозможности исполнения первого обязательства. Это требование подлежит удовлетворению, если интерес кредитора по встречному обязательству не исчерпывался синаллагмой или если обязательства не состояли в полностью обусловленной взаимосвязи [12, с. 3]¹.

¹ Правовая позиция в п. 39 Постановления № 6 образует концептуальное отступление от позиции, включённой Верховным Судом п. 58 Постановления Пленума Верховного Суда РФ 22.11.2016 г. № 54 от «О некоторых вопросах применения общих положений Гражданского кодекса Российской Федерации об обязательствах и их исполнении», в котором высшая судебная инстанция допустила удовлетворение требование об исполнении встречного обязательства в натуре, заявленное стороной, не исполнившее собственное обязательство, если, по мнению суда, его размер был незначительным. Так проявляется себя отказ от формального понимания взаимности, которое выражено в п. 39 Постановления № 6 и которое, по нашему убеждению, образует вторжением в область иного по своей природе правового института.

Во-вторых, невозможность исполнения обязательства, конечно, может привести и к нарушению договорного равновесия, постольку, поскольку оно было достигнуто в сделке в том числе с учётом и за счёт прекращённого обязательства. Оценка значительности этого нарушения на предмет целесообразности восстановления равновесия, как и само восстановление, может производиться только судом (за очень редкими исключениями), и только средствами договорного права. Существенный дисбаланс интересов даёт заинтересованной стороне правомочие ссылаться на *clausula rebus sic stantibus*, на подразумеваемую оговорку о неизменности обстоятельств, учитываемых данной стороной при заключении договора, и требовать пересмотра договора (включая его адаптацию к изменившимся обстоятельствам или, при её недостижимости, его расторжение; однако эта иерархия противоположна в российском праве). В соответствии с воззрениями автора, ссылка на эту оговорку доступна стороне только тогда, когда у неё отсутствовала способность к распознаванию и выражению в договоре собственных интересов применительно к вероятным изменениям обстоятельств и потому такое изменение находилось за пределами, до которых простиралась свобода договора. В случае невозможности исполнения обязательства потребовать пересмотра условий договора может как кредитор по данному обязательству, так и кредитор по встречному обязательству, если должник по встречному обязательству отказался от исполнения, и суд счёл такой отказ правомерным (что по нашему мнению, возможно только в случае если оба обязательства состоят друг с другом в полной взаимной обусловленности).

В-третьих, отсутствие в правовой системе законных (легальных или прецедентных) средств исправления договорного правоотношения под воздействием изменившихся обстоятельств остро ощущается тогда, когда следствием таких обстоятельств становится не невозможность исполнения, а его крайняя затруднительность. В таких случаях обязательство не прекращается, и суды не имеют формальных возможностей освободить от исполнения должника. Во всех таких юрисдикциях применяется техника толкования договора¹, направленная на выявление подразумеваемых условий о распределении рисков. Однако если при этом риск таких изменений невозможно возложить ни на должника, ни на кредитора (или вовсе, или в неравной мере), сложности в принятии правосудного решения представляются труднопреодолимыми.

¹ Implied term theory, до 2002 г. в Германии *ergänzende Vertragsauslegung*.

В-четвёртых, развитие гражданского законодательства обнаруживает тенденцию к закреплению в кодификациях единого легального режима пересмотра договора в связи с существенно изменившимися обстоятельствами; в тех юрисдикциях, где этого ещё не сделано, *clausula rebus sic stantibus* признаётся судами как основание для исправления нарушенного договорного равновесия.

Список литературы

1. Вольфсон В. Л. После ВАС: доктрина свободы договора в современном российском правоприменении // Закон. 2016. № 9. С. 91–99.
2. Кривцов А. С. Абстрактные и материальные обязательства в римском и в современном гражданском праве. М.: Статут, 2003. 314 с.
3. Лунц А. Деньги и денежные обязательства в гражданском праве. 2-е изд., испр. М.: Статут, 2004. 350 с.
4. Лысенко О. Л. Доктрина «О неизменности обстоятельств» (*clausula rebus sic stantibus*) и становление современной теории «нарушения основания сделки» в германском праве в конце XIX – начале XX в. // Вестник Московского университета. Серия 11: Право. 2009. № 2. С. 17–18.
5. Малеина М. Н. Правовое регулирование оказания услуг по организации и проведению массовых культурно-зрелищных мероприятий в открытых общественных местах // Журнал российского права. № 3. 2013. С. 32–40.
6. Модельные правила европейского частного права / пер. с англ.; науч. ред. Н.Ю. Рассказова. М.: Статут, 2013. 989 с.
7. Терди Е. С. Невозможность исполнения обязательства в гражданском праве Турции и Швейцарии в контексте реформы ГК РФ: особенности рецепции и развития // Вестник ТГУ. Право. 2016. (Ч. II). №2 (20). С. 121–132.
8. К. Цвайгерт, Х. Кётц. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: в 2 т. Т. 2. / пер. с нем. М.: Международные отношения, 2000. 512 с.
9. Aziz T Saliba LL.M. *Rebus sic stantibus*: A Comparative Survey // Murdoch University Electronic Journal of Law. Volume 8, Number 3 (September 2001): URL: <http://www5.austlii.edu.au/au/journals/MurUEJL/2001/18.html> (дата обращения: 14.11.2020).
10. Juan Ignacio Alonso, Jordi Albós Sánchez, Adrián Benito, Diana-Loredana Jalba. The application of the *rebus sic stantibus* clause by the Spanish courts. URL: <https://clck.ru/RyGaV> (дата обращения: 12.11.2020).
11. Maria Hook, *The Choice of Law Contract*. Bloomsburry Publishing, 2016. URL: <https://clck.ru/RsqAG> (дата обращения: 7.11.2020).
12. Nuno Manuel Pinto Oliveira. The German Act to Modernize the Law of Obligations as a Model for the Europeanization of Contract Law? The New Rules Regarding Impossibility of Performance from the Perspective of a Portuguese Lawyer // *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 11.4 (December 2007). URL: <https://clck.ru/RyGfG> (дата обращения: 21.11.2020).

13. O'Neill, Philip; Salam, Nawaf, Is the Exceptio Non Adimpleti Contractus Part of the New Lex Mercatoria, in: Gaillard (ed.), *Transnational Rules in International Commercial Arbitration* (ICC Publ Nr. 480,4), Paris 1993, at 147 et seq. URL: <https://clck.ru/RyG5J> (дата обращения: 07.11.2020).

14. The effects of financial crises on the binding force of contracts: Renegotiation, rescission or revision // XIV-th Congress of the International Academy of Comparative Law (Vienna, 21-26 July, 2014) GENERAL REPORT. By Prof. Dr. Rona Serozan, Istanbul Bilgi University. — URL: <https://clck.ru/RyGML> (дата обращения: 14.11.2020).

15. Thier, Andreas (2011). *Legal history*. In: Hondius, Ewoud; Grigoleit, Hans Christoph. *Unexpected circumstances in European contract law*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2011.

16. Treitel G. H. *Remedies for Breach of Contract: A Comparative Account*. Print Publication, 1988.

References

1. Vol'fson, V. L. (2016) Posle VAS: doktrina svobody dogovora v sovremennom rossijskom pravoprimerenii [After YOU: the doctrine of freedom of contract in modern Russian law enforcement]. *Zakon – Law*. No 9. pp. 91–99. (In Russian).

2. Krivcov, A. S. (2003) *Abstraktnye i material'nye obyazatel'stva v rimskom i v sovremennom grazhdanskom prave* [Abstract and material obligations in Roman and modern civil law]. Moscow: Statut. 314 p. (In Russian).

3. Lunc, A. (2004) *Den'gi i denezhnye obyazatel'stva v grazhdanskom prave* [Money and monetary obligations in civil law]. Moscow: Statut. 350 p. (In Russian).

4. Lysenko, O. L. (2009) Doktrina «O neizmennosti obstoyatel'stv» (clausula rebus sic stantibus) i stanovlenie sovremennoj teorii «narusheniya osnovaniya sdelki» v germanskom prave v konce XIX – nachale XX v. [The doctrine "On the invariability of circumstances" (clausula rebus sic stantibus) and the formation of the modern theory of "violation of the basis of the transaction" in German law in the late XIX – early XX centuries]. *Vestnik Moskovskogo universiteta. Seriya 11. Pravo – Bulletin of Moscow University. Series 11: Law*. No 2. pp. 17–18. (In Russian).

5. Maleina, M. N. (2013) *Pravovoe regulirovanie okazaniya uslug po organizacii i provedeniyu massovykh kul'turno-zrelischnykh meropriyatij v otkrytykh obshchestvennykh mestaKH* [Legal regulation of the provision of services for the organization and conduct of mass cultural and entertainment events in open public places]. *Zhurnal rossijskogo prava – Journal of Russian Law*. No. 3. pp. 32–40. (In Russian).

6. *Model'nye pravila evropejskogo chastnogo prava* [European Private Law Model Rules]. Nauch. red. N.YU. Rasskazova. Moscow: Statut. 989 p. (In Russian).

7. Terdi, E. S. (2016) Nevozmozhnost' ispolneniya obyazatel'stva v grazhdanskom prave Turcii i Shvejcarii v kontekste reformy GK RF: osobennosti recepcii i razvitiya (chast' II) [The impossibility of fulfilling an obligation in the civil law of Turkey and Switzerland in the context of the reform of the Civil Code of the Russian Federation: features of reception and development (part II)]. *Vestnik TGU. Pravo – Bulletin of TSU. Right*. No 2 (20). pp. 121–132. (In Russian).

8. Cvajgert, K., Kyotc, KH. (2000) *Vvedenie v sravnitel'noe pravovedenie v sfere chastnogo prava* [Introduction to comparative law in private law]. Tom 2. Moscow: Mezhdunarodnye otnosheniya. 512 p. (In Russian).

9. Aziz T Saliba LL.M. (2001) *Rebus sic stantibus: A Comparative Survey* // Murdoch University Electronic Journal of Law. Volume 8, Number 3. URL: <http://www5.austlii.edu.au/au/journals/MurUEJL/2001/18.html>

10. Alonso, J.I., Sánchez, J.A., Benito, A., Jalba, D. The application of the rebus sic stantibus clause by the Spanish courts. URL: <https://clck.ru/RyGaV>

11. Maria Hook. (2006) *The Choice of Law Contract*. Bloomsbury Publishing. URL: <https://clck.ru/RsqAG>.

12. Nuno Manuel Pinto Oliveira. The German Act to Modernize the Law of Obligations as a Model for the Europeanization of Contract Law? The New Rules Regarding Impossibility of Performance from the Perspective of a Portuguese Lawyer // *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 11.4 (December 2007). URL: <https://clck.ru/RyGfG>

13. O'Neill, Philip; Salam, Nawaf, Is the Exceptio Non Adimpleti Contractus Part of the New Lex Mercatoria, in: Gaillard (ed.), *Transnational Rules in International Commercial Arbitration* (ICC Publ Nr. 480,4), Paris 1993, at 147 et seq. URL: <https://clck.ru/RyG5J>

14. The effects of financial crises on the binding force of contracts: Renegotiation, rescission or revision // XIV-th Congress of the International Academy of Comparative Law (Vienna, 21-26 July, 2014) GENERAL REPORT. By Prof. Dr. Rona Serozan, Istanbul Bilgi University. URL: <https://clck.ru/RyGML>

15. Thier, Andreas (2011) *Legal history*. In: Hondius, Ewoud; Grigoleit, Hans Christoph. *Unexpected circumstances in European contract law*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2011.

16. Treitel, G. H. (1988) *Remedies for Breach of Contract: A Comparative Account*. Print Publication.

Об авторе

Вольфсон Владимир Леонович, кандидат юридических наук, Санкт-Петербург, Российская Федерация, e-mail: vwolfson@mail.ru

About the author

Vladimir L. Volfson, Cand. Sci. (Jur.), St. Petersburg, Russia, e-mail vwolfson@mail.ru

Поступила в редакцию: 23.11.2020

Received: 23 November 2020

Принята к публикации: 30.11.2020

Accepted: 30 November 2020

Опубликована: 29.12.2020

Published: 29 December 2020