

СООТНОШЕНИЕ ЭКОНОМИЧЕСКОЙ И ПРАКТИЧЕСКОЙ НЕВОЗМОЖНОСТИ ИСПОЛНЕНИЯ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ

Статья посвящена ранее не исследованной в отечественной цивилистике проблеме соотношения сформулированного в гражданско-правовой науке в начале XX в. понятия экономической невозможности исполнения и концепции практической невозможности исполнения обязательств, разработанной в единообразном праве в 1990-х гг. и впоследствии заимствованной многими национальными правовыми системами, в том числе немецкой. В работе исследуется, насколько последняя новелла помогает регулировать договорные отношения и может ли она быть полезна отечественному гражданскому праву.

Ключевые слова: экономическая невозможность исполнения обязательств; практическая невозможность исполнения обязательств; затруднительность исполнения обязательств; *clausula rebus sic stantibus*.

Концепции экономической и практической невозможности исполнения обязательств, которые на первый взгляд (главным образом, по причине использования вводящей в заблуждение терминологии) кажутся видовыми по отношению к невозможности исполнения обязательств, на самом деле имеют с ней мало общего. Они были разработаны для ситуаций, в которых исполнение остается возможным, но является затруднительным, в том числе когда оно сопряжено с нарушением изначально предусмотренного договором соотношения имущественных интересов сторон в связи с изменением обстоятельств, при которых он был заключен. Соотношение института невозможности исполнения обязательств и рассматриваемых понятий, а также причины использования для их обозначения терминов, не отражающих их правовой природы, но устоявшихся в цивилистике, могут быть раскрыты посредством обращения к истории становления этих концепций в Германии. Немецкое гражданское право представляет в этом отношении интерес, так как, с одной стороны, оказало значительное влияние на развитие гражданского права стран романо-германской правовой семьи, а с другой – само развивается в последнее время с учетом актуальных тенденций единообразного права, формирующихся под влиянием англосаксонской правовой традиции.

Институт невозможности исполнения обязательств никогда не был так подробно урегулирован, как в первой редакции ГГУ, разработанной в период расцвета пандектной школы права. Этому способствовало то, что первым специальным исследованием феномена невозможности исполнения обязательств стал труд немецкого цивилиста Фридриха Моммзена «Невозможность исполнения в ее влиянии на обязательственное отношение» [1], оказавший при поддержке Бернхарда Виндшайда, главы первой комиссии по составлению ГГУ, значительное влияние на формирование соответствующей области немецкого обязательственного права [2. С. 809–810].

Работа Моммзена была основана на построении классификаций видов невозможности исполнения обязательств, т.е. ее разграничении на первоначальную и последующую, объективную и субъективную, абсолютную и относительную, физическую и юридическую, постоянную и временную, полную и частичную, кажущуюся и действительную, и определении соответствующих этим видам правовых последствий [3. С. 30–33]. Теория Моммзена была полностью реализована в первой редакции ГГУ 1896 г. [4. С. 401–402]. При этом, несмотря на усилия таких выдающихся пандектистов,

как Б. Виндшайд и П. Эртман, настаивавших на необходимости разумного ограничения принципа святости договора (*pacta sunt servanda*), в ГГУ 1896 г. не было предусмотрено право на изменение или расторжение последнего в связи с изменением обстоятельств, при которых он был заключен (*clausula rebus sic stantibus*), так как это считалось угрозой стабильности гражданского оборота.

Тем не менее кризис, охвативший Германию после Первой мировой войны, огромные репарации, ввод франко-бельгийских войск в Рурскую область как реакция на их неуплату, галопирующая инфляция 1920-х гг. и т.д. показали, что исполнение ранее заключенных договоров без изменения их условий было бы несправедливо. Но так как законодатель никак не прореагировал на произошедшие события, судам пришлось разрешать споры посредством расширительного толкования § 275 ГГУ, т.е. применения норм о последующей невозможности исполнения обязательств к случаям затруднительности исполнения (что и привело к появлению термина «экономическая невозможность», обозначающего изначально один из видов невозможности исполнения), а также применения достаточно абстрактной формулировки § 242 ГГУ [5. С. 26, 31], в самом общем виде закрепляющей принцип добросовестности при исполнении обязательств [6. С. 475–476, 483]. Так, проблема нарушения изначально предусмотренного договором соотношения имущественных интересов сторон в результате существенного изменения обстоятельств была решена на уровне правоприменительной практики [7. С. 113].

Законодательное же решение проблема получила лишь в новой редакции ГГУ, вступившей в силу в 2002 г.: согласно п. 1 § 313, если обстоятельства, являющиеся основанием договора, существенно изменились с момента его заключения и если стороны не заключили бы его или же заключили, но на других условиях, зная, что такое изменение произойдет, заинтересованная сторона может потребовать изменения договора в той степени, в которой, принимая во внимание все обстоятельства дела, в частности распределение рисков между сторонами по закону или договору, от этой стороны нельзя разумно требовать исполнения договора без его изменения.

Наряду с легализацией института затруднительности исполнения обязательств (§ 313 ГГУ) немецкий законодатель посчитал необходимым предоставить должнику также право отказаться от исполнения обязательства в той степени, в которой оно требует затрат и

усилий, которые, принимая во внимание объект обязательства и требование добросовестности, существенно не соответствуют интересу кредитора в его получении (п. 2 § 275 ГГУ). В немецкой доктрине гражданского права такие ситуации принято называть практической невозможностью исполнения обязательств. Поскольку невозможность исполнения как таковая (*Echter Unmöglichkeit* – реальная / настоящая невозможность) регламентируется п. 1 § 275 ГГУ, исключаящим требование кредитора о реальном исполнении обязательства автоматически, а для регулирования экономической невозможности исполнения (*Wirtschaftlichen Unmöglichkeit* – экономическая невозможность; *Leistungsgeschwerung* или *Unerschwinglichkeit Leistung* – затруднительность исполнения; *Institut des Wegfalls der Geschäftsgrundlage* – институт отпадения основания сделки) предусмотрен § 313 ГГУ, предоставляющий должнику право на изменение или расторжение договора в судебном порядке, концепция практической невозможности (*Praktischen Unmöglichkeit* – практическая невозможность; *Wirtschaftlichen Unzumutbarkeit* – экономическая нецелесообразность; *Unerschwinglichkeit Leistung* – непосильность исполнения; *Äquivalenzstörung* – нарушение эквивалентности [8. С. 61–64]) признается в немецкой цивилистике самостоятельной.

Тем самым обязательственное право Германии следует актуальным тенденциям *lex mercatoria*. Так, согласно ст. 7.2.2(b) Принципов УНИДРУА 2010 г. (*UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*), если должник не исполняет неденежное обязательство, кредитор имеет право требовать исполнения обязательства в натуре, кроме случаев, когда исполнение или в соответствующих случаях принудительное исполнение является неразумно обременительным или дорогостоящим. В соответствии со ст. 9:102(2b) Принципов европейского договорного права 2002 г. (*Principles of European Contract Law*) кредитор не имеет права на реальное исполнение неденежного обязательства, если оно потребует неразумных усилий или затрат со стороны должника. Наконец, ст. III.3:302(3b) Модельных правил европейского частного права (*Draft Common Frame of Reference*) предусматривает, что исполнение в натуре неденежного обязательства не может быть присуждено, если оно является неразумно обременительным или дорогостоящим. При этом каждый из упомянутых актов единообразного права наряду с правилом о практической невозможности исполнения обязательства содержит норму, предоставляющую право изменить или расторгнуть в судебном порядке договор при затруднительности его исполнения, вызванной существенным изменением обстоятельств.

Такой подход является новаторским, так как во многих странах, гражданское законодательство которых предусматривает право на изменение или расторжение договора при существенном изменении обстоятельств, из которых стороны исходили при заключении договора, случаи практической и экономической невозможности исполнения не разграничиваются и разрешаются на основании одних и тех же норм. Так, в ГК РФ для этого предусмотрена ст. 451. При этом в литературе встречается мнение о том, что использование концепции практической невозможности исполнения в

качестве нормы-трансплантата может благотворно повлиять на развитие гражданского законодательства других стран [9. С. 2–5]. Для того чтобы понять, насколько удачной для российского гражданского законодательства является идея рецепции рассматриваемой новеллы ГГУ и *lex mercatoria*, необходимо провести сравнительный анализ § 275, 313 ГГУ, ст. 310, 451 ГК РФ, а также норм единообразного права, определяющих правовые последствия экономической и практической невозможности исполнения.

Представляется, что, с одной стороны, специальная норма о практической невозможности является разумной, поскольку позволяет должнику освободиться от исполнения обязательства в натуре, когда последнее явно нерационально, возместив причиненные кредитором убытки. С другой стороны, ее закрепление в российском гражданском законодательстве поставит вопрос о необходимости разграничения сфер применения этой нормы и ст. 451 ГК РФ. Ориентируясь на официальное толкование норм единообразного права, регламентирующих экономическую и практическую невозможность исполнения, немецкие цивилисты исходят из того, что правила о практической невозможности не подлежат расширительному толкованию и должны применяться только в том случае, когда необходимые для исполнения обязательства усилия и затраты со стороны должника с учетом содержания обязательства и требования добросовестности существенно превышают интерес кредитора в получении исполнения, т.е. «только в тех крайних случаях... когда расходы должника на исполнение обязательства находятся полностью за пределами интереса кредитора в получении исполнения, и реализация последнего будет означать злоупотребление кредитора своим правом» [10. С. 154].

Типичным примером служит ситуация, когда продавец кольца стоимостью, к примеру, 100 евро, направляясь по морю к покупателю, роняет это кольцо за борт. Поскольку в сложившейся ситуации реальное исполнение обязательства предполагает проведение водолазных работ, и расходы должника будут существенно превышать интерес кредитора в получении исполнения (скажем, 10 000 евро против стоимости кольца в 100 евро), разработчики *lex mercatoria*, а вслед за ними и немецкий законодатель посчитали целесообразным предоставить должнику право отказаться от исполнения обязательства в натуре в одностороннем порядке. Разумеется, при этом должник обязан возместить кредитору убытки в размере так называемого «положительного» договорного интереса, т.е. интереса, ущемленного в связи с неисполнением обязательства в натуре.

Считается, что рассмотренный случай значительно отличается от ситуации существенного изменения обстоятельств, при которых договор изначально был заключен [8. С. 63–65]. Последняя имеет место, когда, например, рыночная цена на имущество, которое должник обязан передать кредитору по договору, существенно возрастает. При этом пропорционально возрастают не только расходы должника на исполнение (*Leistungsaufwand*), но и интерес кредитора в его получении (*Gläubigerinteresse*), поэтому отсутствует существенное несоответствие (*grobes Mißverhältnis* или

Unverhältnismäßigkeit) расходов должника по исполнению обязательства и интереса кредитора в его получении и норма о практической невозможности не может быть применена. Положение о последствиях существенного изменения обстоятельств, при которых договор был заключен, применяемое в этом случае, предоставляет должнику право требовать в суде изменения договора или его расторжения, но только если изменение договора невозможно или же нельзя разумно ожидать, что другая сторона договора согласится с его изменением (§ 313 ГГУ) [10. С. 151–152].

Представляется, что аналогичный вывод о соотношении нормы о практической невозможности исполнения в случае ее рецепции и ст. 451 ГК РФ был бы преждевременным. Действительно, ключевым в применении нормы о практической невозможности является тот факт, что затраты и усилия должника по исполнению обязательства существенно не соответствуют интересу кредитора в его получении. Статья 451 ГК РФ, определяющая правовые последствия экономической невозможности исполнения обязательств, содержит в качестве одного из обязательных условий нарушение изменением обстоятельств *первоначального соотношения имущественных интересов сторон* (подп. 3 п. 2 ст. 451 ГК РФ). Думается, что это предполагает в том числе и ситуацию, когда расходы и усилия должника по исполнению обязательства существенно не соответствуют интересу кредитора в его получении, т.е. так называемую практическую невозможность. Следовательно, в случае рецепции нормы о практической невозможности ее конфликт со ст. 451 ГК РФ оказывается неизбежным.

Следует подчеркнуть, что и нормы *lex mercatoria*, определяющие правовые последствия затруднительности исполнения, вызванной существенным изменением обстоятельств, предусматривают – прямо или косвенно – такое условие их применения, как несоответствие расходов должника на исполнение и интереса кредитора в получении последнего. Так, определение затруднительности исполнения обязательства в ст. 6.2.2 Принципов УНИДРУА предусматривает в качестве условия прекращения или изменения договора судом «возникновение обстоятельств, существенно нарушающих баланс в обязательстве либо в связи с тем, что расходы должника на исполнение существенно возросли, либо потому, что стоимость исполнения, причитающегося кредитору, существенно снизилась».

Интересен комментарий к этой статье, в котором отмечается, что все характеристики, которые только могут упоминаться в нормах, регулирующих затруднительность исполнения в связи с существенным изменением обстоятельств, – существенное несоответствие затрат должника, необходимых для исполнения обязательства, и интереса кредитора в его получении (как в п. 2 § 275 ГГУ), существенное нарушение баланса имущественных интересов сторон (как в ст. 6.2.2 Принципов УНИДРУА), чрезвычайная обременительность или затруднительность исполнения и т.д. – означают одно и то же: «В определении затруднительности отсутствует требование того, чтобы непредвиденное обстоятельство привело к возложению “чрезвычайного бремени” на одну из сторон или к тому, чтобы испол-

нения стало “значительно более обременительным” или “чрезвычайно обременительным”. Более ранние редакции ст. 6.2.2 содержали подобное требование в качестве дополнительного элемента определения. Его исключение из последней редакции обусловлено тем, что оно уже подразумевается в требовании о том, чтобы нарушение баланса имущественных интересов сторон было “существенным”. Другими словами, сторона договора, для которой исполнение обязательства не стало намного более затруднительным, вряд ли сможет доказать “существенность” нарушения баланса имущественных интересов сторон в обязательстве» [11. С. 719–720].

Принципы европейского договорного права предусматривают в ст. 6:111(2) в качестве условия изменения или расторжения договора судом «чрезвычайную обременительность исполнения обязательства в связи с изменением обстоятельств». Комментаторы характеризуют это условие как «существенное нарушение баланса имущественных интересов сторон договора» [12. С. 324]: «Оценка степени дисбаланса имущественных интересов сторон обязательства позволяет определить, стало ли исполнение существенно затруднительным» [13. С. 10]. В связи с этим справедливо отмечается: «Грань между исполнением, которое стало неразумно обременительным или дорогостоящим, и радикальным изменением обстоятельств (затруднительностью...) чрезвычайно тонка, и эти концепции обычно частично совпадают. Если какое-либо обстоятельство изменяет баланс договора... в связи с увеличением расходов на исполнение или с уменьшением его стоимости, исполнение тоже будет признано неразумно обременительным или дорогостоящим» [11. С. 791].

Согласно п. 2 § 275 ГГУ, регулирующему практическую невозможность, «при определении того, приложения каких усилий по исполнению обязательства можно разумно требовать со стороны должника, необходимо принимать во внимание, несет ли он ответственность за возникновение обстоятельства, препятствующего исполнению обязательства в натуре». Это означает, что данная норма нацелена на регулирование ситуаций, когда практическая невозможность исполнения обусловлена как внешними обстоятельствами, так и поведением должника. Поскольку в случае существенного изменения обстоятельств, которое в соответствии со ст. 451 ГК РФ вызывается причинами исключительно внешнего характера, не обусловленными поведением должника, последнему предоставляется лишь право требовать изменения договора в судебном порядке, и только если это невозможно или если нельзя разумно ожидать, что такое изменение договора будет принято кредитором, – право на его расторжение, предоставление тому же должнику права на отказ от договора в одностороннем порядке в случае практической невозможности исполнения обязательства представляется неадекватным.

Изменение отечественного гражданского законодательства в таком направлении приведет к резкому росту односторонних отказов от договора (зачастую необоснованных) со стороны должников. С учетом того, что действующее законодательство (ст. 310 ГК РФ и др.) санкционирует такое право в крайне редких случа-

ях, за этим последует рост судебных дел по искам несогласных с подобными отказами кредиторов. В результате цель закрепления нормы о практической невозможности – реализация ведущего принципа популярной в настоящее время школы *Law&Economics* [14. С. 553–562], принципа эффективности (*principle of efficiency*) [15. С. 1–13], выражающегося, в частности, в минимизации общих расходов за счет сокращения количества споров, рассматриваемых в судах, – очевидно, не может быть достигнута. Принимая во внимание, что «существенное несоответствие усилий и расходов должника по исполнению обязательства интересу кредитора в его получении» является оценочной категорией, представляется логичным предоставить именно суду как объективному арбитру, а не заинтересованному должнику право установить наличие такого несоответствия и на основании этого принять решение об изменении или расторжении договора либо об оставлении его в силе.

Важно отметить, что хотя в доктрине немецкого гражданского права признано, что на случаи первоначальной (т.е. наступившей до возникновения обязательства) практической невозможности п. 2 § 275 ГГУ не распространяется [10. С. 153], прямо из содержания этой нормы такой вывод не следует. Анализ норм *lex mercatoria*, посвященных определению правовых последствий существенного несоответствия расходов должника по исполнению и интереса кредитора в его

получении, также позволяет говорить об их применимости к случаям как первоначальной, так и последующей практической невозможности. Учитывая, что правило ГК РФ о затруднительности исполнения расчитано только на случаи ее наступления в связи с изменением обстоятельств после возникновения обязательства, было бы целесообразно дополнить п. 2 ст. 451 ГК РФ следующей нормой, регламентирующей практическую невозможность исполнения: «Договор также может быть расторгнут или изменен по требованию заинтересованной стороны, если его исполнение в натуре требует от должника усилий и расходов, существенно не соответствующих интересу кредитора в его получении».

Исходя из всего вышесказанного, представляется, что нормы, определяющие правовые последствия практической невозможности исполнения обязательств, в том виде, в каком они существуют в Германии и единообразном праве, нельзя рекомендовать для рецепции гражданским законодательством России, так как это приведет к конфликту реципированных норм со ст. 451 ГК РФ и, соответственно, к проблемам в правоприменении. Существенное несоответствие усилий и расходов должника по исполнению обязательства интересу кредитора в его получении, наступившее как до, так и после возникновения обязательства, следует закрепить в п. 2 ст. 451 ГК РФ в качестве самостоятельного основания для изменения или расторжения договора в судебном порядке.

ЛИТЕРАТУРА

1. *Mommsen F.* Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluß auf obligatorische Verhältnisse. Braunschweig : Schwetschke, 1853. 420 s.
2. *Zimmermann R.* The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition. Oxford : Clarendon Press, 1996. 1241 p.
3. *Zimmermann R.* The Civil Law in European Codes // Regional Private Laws and Codification in Europe / ed. by H.L. MacQueen et al. Cambridge : Cambridge University Press, 2003. P. 18–59.
4. *Markesinis B.S., Lorenz W., Dannemann G.* The German Law of Obligations. Vol. I: The Law of Contracts and Restitution: A Comparative Introduction. Oxford : Clarendon Press, 1997. 942 p.
5. *Zimmermann R., Whittaker S.* Good Faith in European Contract Law: Surveying the Legal Landscape // Good Faith in European Contract Law / ed. by R. Zimmermann, S. Whittaker. Cambridge : Cambridge University Press, 2000. P. 7–62.
6. *Hesselink M.W.* The Concept of Good Faith // Towards a European Civil Code. Third Fully Revised and Expanded Edition / ed. by A. Hartkamp et al. Nijmegen : Kluwer Law International, 2004. P. 471–498.
7. *Houtte H.* Changed Circumstances and Pacta Sunt Servanda // Transnational Rules in International Commercial Arbitration / ed. by P. Bernardini et al. Paris : International Law Association, 1993. P. 107–122.
8. *Fehre A.* Unmöglichkeit und Unzumutbarkeit der Leistung. Berlin : Duncker&Humblot, 2005. 241 s.
9. *Oliveira N.M.P.* 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. 2007. 11.4. 11 p. URL: <http://www.ejcl.org/114/art114-2.pdf>
10. *Lorenz S., Riehm T.* Lehrbuch zum neuen Schuldrecht. München : Verlag C. H. Beck, 2002. 410 s.
11. *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)* / ed. by S. Vogenauer, J. Kleinheisterkamp. N.Y. : Oxford University Press, 2009. 1319 p.
12. *Principles of European Contract Law. Parts I and II: Combined and Revised.* Prepared by The Commission of European Contract Law / ed. by Ole Lando, Hugh Beale. Hague : Kluwer Law International, 2000. 561 p.
13. *Backhaus R.* The Limits of the Duty to Perform in the Principles of European Contract Law // Electronic Journal of Comparative Law. 2004. 8.1. Accessed August 19, 2011. URL: <http://www.ejcl.org/81/art81-2.html>
14. *Calabresi G.* About Law and Economics: A Letter to Ronald Dworkin // Hofstra Law Review. 1980. № 8 (3). Spring. P. 553–562.
15. *Posner R.A.* The Law and Economics Movement // American Economic Review. 1987. № 77 (2). May. P. 1–13.

Статья представлена научной редакцией «Право» 1 ноября 2012 г.