

УДК 347.4

Е.С. Мухачева

ПЕРВОНАЧАЛЬНАЯ НЕВОЗМОЖНОСТЬ ИСПОЛНЕНИЯ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ В КОНТЕКСТЕ РЕФОРМ ГК РФ И ГЕРМАНСКОГО ГРАЖДАНСКОГО УЛОЖЕНИЯ

В статье рассказывается о реформе немецкого обязательственного права 2002 г. применительно к институту невозможности исполнения обязательств. На примере изменения подхода немецкого законодателя к определению правовых последствий первоначальной невозможности исполнения изучаются наиболее актуальные тенденции регламентирования указанного института и даются рекомендации по совершенствованию ГК РФ.

Ключевые слова: первоначальная невозможность исполнения обязательств, реформы ГК РФ и ГГУ.

Институт невозможности исполнения обязательств крайне скупо и недостаточно последовательно регламентируется действующим ГК РФ. Это проявляется, прежде всего, в определении правовых последствий первоначальной, то есть уже существующей на момент возникновения обязательства [1. Р. 303], невозможности его исполнения.

Пункт 1 ст. 416 ГК РФ устанавливает, что обязательство прекращается невозможностью исполнения, если она вызвана обстоятельством, за которое ни одна из сторон не отвечает. Общий характер этой нормы приводит к выводу о том, что и при первоначальной невозможности исполнения в случае, например, заключения договора по поводу случайно погибшей к этому моменту вещи обязательство автоматически прекращается, не успев возникнуть. При этом договор относительно несуществующего имущества может быть в зависимости от обстоятельств дела также квалифицирован как оспоримая сделка, совершенная под влиянием существенного заблуждения (ст. 178 ГК РФ) или под влиянием обмана (ст. 179 ГК РФ). В то же время п. 2 ст. 455 ГК РФ позволяет заключать договор купли-продажи относительно имущества, которое на момент заключения договора не существует, но будет создано или приобретено в будущем. Последнее правило отвечает потребностям современного гражданского оборота и потому находит поддержку в российской арбитражной практике, признающей договоры купли-продажи [2] и аренды [3] будущей вещи действительными.

Очевидно, что приведенные нормы не позволяют однозначно определить, с какими правовыми последствиями ГК РФ связывает первоначальную невозможность исполнения обязательств. Разработчики «Концепции развития гражданского законодательства РФ» эту проблему вниманием обошли. Проект же Федерального закона «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую ГК РФ», который, как известно, законом так и не стал, предусматривал новую редакцию п. 1 ст. 416 ГК РФ, согласно которой «обязательство прекращается невозможностью исполнения, если она вызвана на-

ступившим после возникновения обязательства обстоятельством, за которое ни одна из сторон не отвечает». Таким образом, авторы проекта исходили из необходимости разграничения первоначальной и последующей невозможности исполнения, указав на то, что первоначальная невозможность не влечет традиционного правового последствия последующей невозможности исполнения в виде прекращения соответствующего обязательства. Тем не менее в проекте так и не был дан ответ на главный вопрос относительно действительности договора в случае первоначальной невозможности его исполнения.

Определяясь с тем, каким образом указанная проблема должна быть решена, нельзя не принять во внимание, как рассматриваемый институт регламентируется в Германии, где ранее всего началась разработка гражданского законодательства и системы гражданского права, реципированных затем в той или иной форме большинством стран романо-германской правовой семьи.

Следует отметить, что именно в Германии институт невозможности исполнения приобрел основополагающее для всей системы обязательственного права значение. Это произошло благодаря Фридриху Моммзену, труд которого «Невозможность исполнения в ее влиянии на обязательственное отношение» 1853 г. в значительной степени сформировал обязательственное право Германии на целых 100 лет, следующих за принятием Германского гражданского уложения (далее – ГГУ).

В основу своего исследования Моммзен положил систему видов невозможности исполнения обязательств, с каждым из которых (и с каждым сочетанием которых) связал различные правовые последствия. Так, он разграничивал первоначальную и последующую, объективную и субъективную, абсолютную и относительную, физическую и юридическую, постоянную и временную, полную и частичную, видимую и действительную невозможность исполнения, определив тем самым модель исследования указанного института («вид невозможности исполнения – его правовые последствия») для всех своих последователей [4].

Ориентируясь на известную римскую максиму «*Impossibilium nulla obligatio est*», изложенную в тексте Дигест 50, 17, 185, Моммзен выступил с краеугольной для его концепции идеей о том, что первоначальная объективная невозможность исполнения обязательства влечет ничтожность соответствующего договора, в то время как последующая невозможность не влияет на его действительность, а приводит к недопустимости требования от должника реального исполнения [4. S. 102–112].

Проанализировав источники римского права, Моммзен пришел к выводу о том, что существует только два вида нарушения договора или, что более корректно, два вида обстоятельств, препятствующих исполнению обязательства (*Leistungsstörungen*¹), – его неисполнение в связи с невозможностью и просрочка [5. P. 44]. Чрезмерный интерес цивилиста к двум указанным категориям привел к тому, что он оставил без внимания такой важный и часто встречающийся в гражданском обороте вид нарушения договора, как испол-

¹ В ГГУ использовался именно этот термин, а не, например, «нарушение обязательства» или «неисполнение обязательства».

нение обязательства ненадлежащего качества, который в результате так и не был урегулирован ГГУ. На этот пробел, создавший немало проблем на практике, уже в 1902 г. обратил внимание Герман Штауб, концепция «позитивного нарушения договора» (*positive Vertragsverletzung*) которого, созданная для урегулирования ситуаций, при которых кредитор несет, кроме всего прочего, дополнительные убытки в связи с произведенным должником исполнением ненадлежащего качества, очень скоро была воспринята судебной практикой [6].

Рейнхард Циммерман справедливо отмечает: «Разработка концепции *«positive Vertragsverletzung»* демонстрирует, что на практике абстрактный концептуализм Моммзена, согласно которому был выстроен раздел ГГУ, посвященный вопросам нарушения договора, не был эффективен, не считая того, что он стал основой для возникновения своего рода прецедентного права в стране романо-германской правовой семьи» [7. Р. 813].

С учетом того, что ГГУ основывалось на классификации различных видов нарушения договора, а не на классификации средств защиты нарушенного права, которые, соответственно, определялись в зависимости от того, какое конкретно нарушение договора было допущено, можно понять, почему сразу же после вступления ГГУ в силу немецкие юристы стали жаловаться на чрезмерную сложность системы применяемых ими норм. В отношении института невозможности исполнения практически повсеместно отмечалось, что «для проблемы, которая на практике возникает сравнительно редко, предусмотрено чрезмерно сложное и структурированное регулирование» [8. Р. 401], хотя при этом были допущены существенные пробелы в урегулировании обязательственных отношений. В частности, ГГУ в первой редакции не предусматривал право на одновременное предъявление требований о возмещении убытков и расторжении договора, что существенно затрудняло защиту нарушенных прав [9. Р. 93–112].

Все указанные обстоятельства привели к необходимости реформирования немецкого обязательственного права, что потребовало длительного подготовительного периода [10. Р. 27–35]. Закон о модернизации обязательственного права Германии вступил в силу 1 января 2002 г.

Чтобы показать, насколько сильно идеи Фридриха Моммзена относительно регламентирования первоначальной невозможности исполнения обязательств повлияли на немецкое гражданское законодательство сначала и почему были пересмотрены впоследствии, следует обратиться к соответствующим нормам ГГУ в первой редакции и сравнить их с положениями действующего немецкого гражданского законодательства.

Наиболее часто критикуемая идея Моммзена о том, что первоначальная объективная невозможность исполнения, то есть невозможность исполнения, наступившая до возникновения обязательства, при которой никто (а не только конкретный должник) не может его исполнить, влечет ничтожность соответствующего договора, нашла свое выражение в §306 ГГУ в его первой редакции. Вернее, из содержания §306 ГГУ следовало лишь то, что ничтожен тот договор, исполнение которого невозможно¹. Вывод же о распространении

¹ «Ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag ist nichtig».

этого правила только на случаи первоначальной невозможности исполнения может быть сделан на основе системного толкования норм ГГУ. В частности, расположение §306 в гл. II «Договорные обязательства» Книги II ГГУ, посвященной обязательственному праву, а именно в разделе «Заключение и содержание договора»¹, позволяет говорить о том, что он определял правовые последствия именно первоначальной невозможности исполнения, тогда как последующая невозможность регламентировалась §275 ГГУ, расположенным в разд. I гл. I «Содержание обязательств»² Книги II ГГУ. Пункт 1 §275 ГГУ гласил, что должник освобождается от исполнения обязательства, ставшего невозможным в связи с обстоятельствами, за которые он не отвечает, *наступившими после возникновения обязательства*³. Расположение §275 и 306 в разных главах ГГУ призвано было лишний раз подчеркнуть тот факт, что они посвящены разным правовым категориям.

Идея о том, что первоначальная объективная невозможность исполнения обязательства влечет ничтожность соответствующего договора, подкреплялась и §310 ГГУ, в котором говорилось, что договор, посредством которого должник обязуется отчуждать имущество или его часть, которое он получит в будущем, или обременить его, ничтожен⁴.

Доказательством необходимости разграничения правовых последствий первоначальной и последующей невозможности исполнения обычно считается уже упомянутая римская максима «*Impossibilium nulla obligatio est*», часто воспринимаемая как самоочевидная: в случае первоначальной невозможности исполнения обязательство не может возникнуть, в случае наступления последующей невозможности исполнения – автоматически прекращается.

И все-таки приводятся не менее убедительные аргументы в пользу иного толкования этой аксиомы: «Максима «*Impossibilium nulla obligatio est*» очень точно выражает идею о том, что никто не может быть связан невыполнимым обязательством. Однако она не совпадает с утверждением о том, что договор, нацеленный на невозможное исполнение, является ничтожным: по крайней мере, с позиции римских юристов одно необязательно следует из другого» [7. Р. 687]. Высказывается мнение о том, что в римском частном праве рассматриваемое правило в полном объеме применялось в отношении стипуляции, но только стипуляцией и ограничивалось. Так, в отношении договора купли-продажи некоторые римские юристы (в частности, Модестин и Павел) иногда допускали защиту кредитором своих прав путем подачи иска *actio empti*. Этот иск о возмещении убытков был договорным, следовательно, нельзя считать, что в случае первоначальной объективной невозможности исполнения обязательства соответствующий договор признавался ничтожным [7. Р. 690–691].

Итак, некоторые цивилисты полагают, что единственным договором, первоначальная объективная невозможность исполнения которого влекла его

¹ «Begründung. Inhalt des Vertrages».

² «Inhalt der Schuldverhältnisse».

³ «Der Schuldner wird von der Verpflichtung zur Leistung frei, soweit die Leistung infolge eines nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden Umstandes, den er nicht zu vertreten hat, unmöglich wird».

⁴ «Ein Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, sein künftiges Vermögen oder einen Bruchteil seines künftigen Vermögens zu übertragen oder mit einem Nießbrauche zu belasten, ist nichtig».

ничтожность, была стипуляция. Объяснение этому находится предположительно в ее специфическом характере. Стипуляция была договором строгого права (*stricti iuris*). Защита прав по данному договору осуществлялась кондикционным иском об истребовании определенной вещи (*condictio certae rei*). При предъявлении такого иска формула должна была быть соблюдена со всей точностью: «*Si paret Nm Nm Ao Ao hominem Stichum dare oportere, quanti ea res est, tantam pecuniam iudex Nm Nm Ao Ao condemnato, si non paret absolvito*». Соответственно, необходимо было доказать, что должник обязан передать раба Стиха кредитору (*dare oportere*) с денежной оценкой последнего (*quanti ea res est*) в момент литисконтестации (*litis contestatio*). Очевидно, что в случае первоначальной объективной невозможности исполнения обязательства указанное *dare oportere* в отношении несуществующего раба не могло возникнуть. Кроме того, было затруднительно оценить несуществующее имущество, подлежавшее передаче должником: в соответствующий момент раб был мертв и его цена равнялась нулю. Кондикционный иск удовлетворению не подлежал. Видимо, в связи с этим договор признавался ничтожным [7. Р. 689–690, 784].

Как известно, со временем стипуляция все больше воспринималась как рудимент, архаизм и в Средние века под влиянием канонического и естественного права была заменена неформальными договорами [11. Р. 463, 471]. В связи с этим утверждается, что с исчезновением стипуляции правило о ничтожности договора в случае первоначальной объективной невозможности его исполнения также потеряло актуальность.

Именно такие аргументы, наряду с тем, что новейшие кодификации гражданского права (Гражданский кодекс Нидерландов, к примеру), англосаксонское право, а также *lex mercatoria* не рассматривают первоначальную невозможность исполнения обязательства в качестве основания ничтожности соответствующего договора, были представлены немецкими цивилистами для обоснования необходимости проведения реформы обязательственного права Германии, в результате которой рассмотренные положения ГГУ были кардинально изменены. Первоначальная и последующая невозможность исполнения обязательства были приравнены по своим правовым последствиям¹. Согласно новой редакции п. 1 §311 (а) договор не является ничтожным только потому, что в соответствии с п. 1–3 §275 ГГУ должник освобождается от обязанности по реальному исполнению договора (в связи с так называемыми фактической, практической и нравственной невозможностью исполнения. — Е.М.), а обстоятельство, препятствующее исполнению обязательства, существовало на момент заключения договора².

Кроме того, в ходе реформы был пересмотрен и подход к правому регулированию субъективной и объективной невозможности исполнения обязательств. В римском частном праве первоначальная субъективная невозможность исполнения обязательств (невозможность исполнения для конкретного

¹ Следует отметить, что, в отличие от ГК РФ, ГГУ связывает невозможность исполнения обязательства не с прекращением последнего, а с недопустимостью требовать от должника исполнения обязательства в натуре (§275 ГГУ).

² «Der Wirksamkeit eines Vertrags steht es nicht entgegen, dass der Schuldner nach § 275 Abs. 1 bis 3 nicht zu leisten braucht und das Leistungshindernis schon bei Vertragsschluss vorliegt».

должника) отграничивалась от первоначальной объективной невозможности (для всех и каждого), поскольку не считалась основанием для признания стипуляции ничтожной. По формуле «*Si paret Nm Nm Ao Ao hominem Stichum dare oportere, quanti ea res est, tantam pecuniam iudex Nm Nm Ao Ao condemnato, si non paret absolvido*» защита прав по стипуляции предоставлялась кредитору, если судом было установлено, что имущество обязано быть передано кредитору (*dare oportere*), и в момент литисконтестации оно может быть оценено в денежном эквиваленте (*quanti ea res est*). И то, и другое могло быть осуществлено: поскольку невозможность исполнения была субъективной, соответствующее имущество (теоретически) могло быть передано третьим лицом, а также могло пройти денежную оценку, так как существовало в природе. Исковые требования кредитора могли быть удовлетворены, стипуляция не признавалась ничтожной [7. Р. 687–689, 785]. Моммзен воспринял эту позицию, в результате чего по ранее действующему ГГУ первоначальная субъективная невозможность исполнения обязательства не рассматривалась в качестве основания для признания соответствующего договора ничтожным.

Действующий ГГУ приравнял субъективную и объективную невозможность исполнения обязательства по правовым последствиям: п. 1 §275 ГГУ в новой редакции прямо указывает, что требование об исполнении обязательства в натуре исключается в той степени, в которой оно невозможно для должника или любого другого лица¹. Сопоставляя это положение с рассмотренным выше п. 1 §311 (а) ГГУ, можно сделать вывод, что согласно действующему ГГУ как объективная, так и субъективная первоначальная невозможность исполнения обязательства сами по себе не влекут ничтожности соответствующего договора. Такой подход можно оценить положительно как соответствующий потребностям современного гражданского оборота и рассмотреть в качестве одного из возможных путей совершенствования ГК РФ, в процессе текущей реформы которого не вносится необходимой определенности по вопросу о правовых последствиях первоначальной невозможности исполнения.

Литература

1. Oosterhuis J. Specific Performance in German, French and Dutch Law in the Nineteenth Century: Remedies in an Age of Fundamental Rights and Industrialisation. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2011. 635 p.

2. О некоторых вопросах разрешения споров, возникающих из договоров по поводу недвижимости, которая будет создана или приобретена в будущем, пункт 1 [Электронный ресурс]: Постановление ВАС РФ от 11 июля 2011 г. № 54 // КонсультантПлюс : справ.-правовая система. Версия Проф. Электрон. дан. М., 2013. Доступ из локальной сети Науч. б-ки Том. гос. ун-та.

3. Об отдельных вопросах практики применения правил Гражданского кодекса РФ о договоре аренды, пункт 10 [Электронный ресурс] : Постановление ВАС РФ от 17 ноября 2011 г. № 73: (в ред. Постановления Пленума ВАС РФ от 25 января 2013 г. № 13) // Консультант-Плюс: справ.-правовая система. Версия Проф. Электрон. дан. М., 2013. Доступ из локальной сети Науч. б-ки Том. гос. ун-та.

¹ «Der Anspruch auf Leistung ist ausgeschlossen, soweit diese für den Schuldner oder für jedermann unmöglich ist».

4. *Mommsen F.* Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluß auf obligatorische Verhältnisse. Braunschweig: Schwetschke, 1853. S. 420.
5. The Identity of German and Japanese Civil Law in Comparative Perspectives / Ed. by Zentaro Kitagawa and Karl Riesenhuber. Berlin: De Gruyter Recht, 2007. 275 p.
6. *Staub H.* Die positiven Vertragsverletzungen und ihre Rechtsfolgen // Festschrift für den XXVI. Deutschen Juristentag. Berlin, 1902. S. 29–56.
7. *Zimmermann R.* The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition. Oxford: Clarendon Press, 1996. 1241 p.
8. *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.
9. *Horn N., Kötz H., Leser H.G.* German Private and Commercial Law: An Introduction. Oxford: Clarendon Press, 1982. 355 p.
10. *Zimmermann R.* The New German Law of Obligation. Historical and Comparative Perspectives. Oxford: Oxford University Press, 2005. 240 p.
11. *Schulz F.* Classical Roman Law. Oxford: The Clarendon Press, 1951. 662 p.