

**Федеральное государственное бюджетное образовательное
учреждение высшего профессионального образования
«РОССИЙСКАЯ АКАДЕМИЯ НАРОДНОГО ХОЗЯЙСТВА
И ГОСУДАРСТВЕННОЙ СЛУЖБЫ
ПРИ ПРЕЗИДЕНТЕ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ»**

Дождев Д.В.

**Совершенствование правоприменения
новой редакции общей части
Гражданского кодекса Российской Федерации:
общие принципы в теории и судебной практике**

Москва 2017

Аннотация. Предметом исследования в данной работе выступают конкретно-исторические формы договора в истории права, учение о сделке в истории правовой мысли, принципы добросовестности и справедливости в установлении и осуществлении субъективных прав.

Дождев Д.В. заведующий лабораторией социально-политического и правового анализа ИОН Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте РФ

Данная работа подготовлена на основе материалов научно-исследовательской работы, выполненной в соответствии с Государственным заданием РАНХиГС при Президенте Российской Федерации на 2016 год

СОДЕРЖАНИЕ

ВВЕДЕНИЕ

- 1 Интегративная функция добросовестности в гражданском праве
- 2 Баланс интересов сторон и нормативная структура договора
- 3 Распределение рисков в соответствии с нормативным типом договора
- 4 Восстановление справедливости при существенном изменении

обстоятельств

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

СПИСОК ИСПОЛЬЗОВАННЫХ ИСТОЧНИКОВ

1 Интегративная функция добросовестности в гражданском праве

Категория добросовестности сегодня кодифицирована как извинительное обстоятельство владения чужой вещью (субъективная добросовестность) и как общий принцип, управляющий установлением, осуществлением и защитой гражданских прав и исполнением обязанностей (объективная добросовестность). Именно объективная добросовестность достигает значения общего принципа гражданского права в качестве источника установления содержания правовой нормы, выступая руководством для суда. Неудачная по форме норма п. 2 ст. 6 ГК РФ, в которой требования добросовестности, разумности и справедливости соединяются с общими началами гражданского законодательства союзом «и», не должна пониматься как противопоставление триады общим правовым принципам, выведение категории добросовестности за рамки права, но лишь в различении с «законодательством»: триада предстает здесь кодифицированной правовой категорией, согласованной с нормой п. 3 ст. 1 ГК РФ, где добросовестность выступает в качестве начала, управляющего всей сферой гражданско-правовых актов и сделок.

Представление о добросовестности в современном обязательственном праве сложилось на основе тех изменений в немецком праве, которые произвела судебная практика на основе § 242 Германского Гражданского Уложения в ходе первой половины XX в.

Эта практика сегодня воплотилась в ряде авторитетных наднациональных унификаторских проектов в виде общих формулировок и отдельных институтов, многие из которых ныне кодифицированы в национальном праве европейских стран, включая Россию.

Осмысление роли добросовестности вдохновлялось примером римского права, и ключевое догматическое обоснование этого принципа было дано в 1956 г. крупнейшим романистом столетия Францем Виакером в работе «К вопросу о теоретико-правовом уточнении §242 BGB» [68]. Виакер сопоставил роль добросовестности (точнее – тех изменений в действующем праве, которые были произведены со ссылкой на добросовестность) с воздействием преторского права на традиционное гражданское право: содействие, восполнение и исправление действующего права (*adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia* – Pap. 2 def. D. 1,1,7,1).

Codeйствие заключается в конкретизации нормы судебным решением. Сюда относятся: контроль за порядком исполнения основных договорных обязанностей; контроль за содержанием обязательства в соответствии с договорным типом (*naturalia negotii*); обеспечение лояльности сторон друг другу через возложение на них субсидиарных обязанностей и подавление виновного поведения как на стадии заключения, так и на стадии исполнения договора.

Восполнение состоит в признании и защите прав и обязанностей, выходящих за рамки прямого действия отдельных норм обязательственного права (*praeter legem*): недопущение действий, противоречащих собственным поступкам истца (в нарушение вызванных ими ожиданий другой стороны); недопущение формально дозволенного истребования того, что надлежит сразу же вернуть; отказ в защите неправомерно приобретенного права; недопущение злоупотребления правом. Это традиционная сфера действия эксцепции о недобросовестности – *exceпtio doli* (ср. п.2 ст.10 ГК РФ).

Исправление ведет к замене отжившей нормы новой (*contra legem*).

Первая функция выступает как ведущая и осмыслена последующей доктриной как *интегративная*. Согласно Виакеру, признание судом субсидиарных обязанностей сторон в обеспечение лояльности не является восполнением пробела в законе, хотя и производится по аналогии, и представляет собой последовательную реализацию нормы о надлежащем исполнении обязательства.

Эта функция включает и большинство функций *exceпtio doli*, которая, таким образом, не столько корректирует действующее право, блокируя слепое применение общей нормы без учета специфики конкретного дела, сколько раскрывает подлинный смысл и значение нормы применительно к отдельному (всегда неповторимому) случаю.

Следует признать, что вторая и третья функции вызваны к жизни господством позитивистской методологии: именно буквальное восприятие формулировок закона мобилизует для предотвращения несправедливого (неадекватного смыслу закона и несоразмерного обстоятельствам дела) действия общей нормы такие понятия, как пробел в праве, злоупотребление правом, извлечение выгоды из недобросовестного поведения, подчинение права иным социальным нормам.

Толкование в любом его виде – как восполнение «пробелов» в праве по аналогии, так и восстановление «подлинного» смысла нормы (т.н. скрытые лакуны, когда пробел связан с неудачной формулировкой закона) посредством телеологического редуцирования гипотезы – покоится на допущении «истинной» воли законодателя, которая может быть выявлена специальными герменевтическими приемами. При этом, примеряя на себя роль законодателя, суд рискует утратить определенность собственной роли, которая

размывается при апелляции в ходе толкования к такому виртуальному законодателю, а в качестве источника нормы права бесповоротно утверждается публичная власть, предстающая подлинно мистической силой. Положение не спасает и допущение умозрительной иерархии нормативных актов, в которой выбор суда подчиняется закону, смысл которого, в свою очередь, наведен общими целями гражданского законодательства и «открытыми» нормами общей части ГК.

Норму о добросовестности относят к «открытым», потому что она не обращается к известному набору фактов, а оставляет ее в зависимости от ситуативной конкретизации гипотезы. Норма не поддается субсумпции, поскольку фактический состав гипотезы не может быть установлен абстрактно, но получает определенность только в результате конкретизации данных отдельного дела (*Einzelfallgerechtigkeit*).

Сама идея «открытых» норм, или общих оговорок, ведет к неоправданному ранжированию статей Кодекса на рядовые и привилегированные, стимулируя «бегство в общие оговорки», когда надлежащая деятельность суда по квалификации состава в формальных категориях правовой системы подменяется произвольным усмотрением, лишь прикрытым отсылкой к «общим началам гражданского законодательства». Следствием такой деятельности будет создание прав и обязанностей сторон, не предусмотренных в законе, что нарушает конституционные принципы, но не ведет к преодолению позитивистских установок. Напротив, результатом приложения общих оговорок к конкретным ситуациям, возникающим на практике, оказывается констелляция типов случаев (*Fallgruppen*), в которых суды привычно ссылаются на добрую совесть и которые представляют собой заготовки для новых норм, ожидающих кодификации. Получается, что в поименованных случаях принцип добросовестности управляет правоотношением, а во всех остальных нет. Немецкий опыт кодификации в ходе реформы обязательственного права 200-2001 гг. типичных случаев конститутивного действия добросовестности, наработанных судебной практикой в течение XX в., показывает, что собственно проблема адекватного правоприменения, согласования общей гипотезы нормы с конкретикой отдельного дела не нашла решения, несмотря на самое широкое толкование норм о добросовестности, имевшихся в первоначальном издании Германского гражданского уложения 1900 г.

Фрагментирование на отдельные группы случаев, сведение добросовестности к источнику дополнительных, субсидиарных обязанностей сторон (*Nebenpflichten*) объективно отрицает интегративную функцию категории, лишает ее роли общего принципа гражданского права. Сходным образом, признание добросовестности «открытой нормой» выводит ее за рамки права, подчиняя неким широким социальным нормам,

которые через эту «форточку» получают место среди собственно юридических факторов, якобы недостаточных для принятия справедливых судебных решений. Вся методология опорочена позитивистскими установками на слепое повиновение буквальному смыслу закона (который не может быть установлен и всегда произволен) и является воплощенным произволом, т.е. отказом от права. Следует подчеркнуть, что идея «общих оговорок», «открытых» норм неприемлема не столько потому, что они создают неопределенность и стимулируют судейское усмотрение, а прежде всего, потому, что они отрицают справедливость самого права, будто правовая система не способна предложить порядок, позволяющий согласовывать общую формулировку нормы в законе с конкретикой отдельного случая.

Категория объективной добросовестности как принципа, управляющего обязательственным правом, утверждается в немецкой доктрине лишь в начале XX в.: пандектистика предшествующего столетия ограничивалась проблемами добросовестности владения (субъективной добросовестности), хотя именно в дискуссиях по этому вопросу (прежде всего, между Брунсом и Вэхтером) было выработано само различие субъективной и объективной добросовестности. Свойственное римской юриспруденции внимание к *bona fides* в области обязательственного права трактовалось как требование к соблюдению взятых на себя обязательств, верность данному слову в соответствии с господствующими представлениями о соглашении (консенсусе) как источнике юридической силы договора [58: 151 sq]. Чрезмерно узкая и бессодержательная трактовка возобновлена в работе ведущего романиста рубежа тысячелетий [62: 1 sqq], хотя автор и признает, что впоследствии *bona fides* получила конструктивное значение – исправлять ненадлежащее исполнение, вводить дополнительные обязанности, управляя в целом развитием отношения [62: 186 sq; 266 sq]. При этом понятие трактуется как «открытая норма» (*Leerformel*), содержание которой варьируется в зависимости от представлений о добросовестности и порядочности, распространенных в обществе в тот или иной период [62: 19]. Добрая совесть при таком подходе сводилась к следованию тому, о чем договорились стороны (и выразили в договоре), а корректирующая функция возлагалась на *exceptio doli* [10: 70 sqq; 111 sqq; 132 sq; 177 sq; 296 sq.; 45: 177 sqq; 52: 315 sqq]. Однако можно показать, что сама верность данному обещанию покоится не на пиетете перед произнесенным (*verba*): креативная функция слова определяется его соответствием нормативным параметрам искомой правовой ситуации, когда стабильность (*constantia*), утверждаемая словом, отвечает определенности нормы, управляющей правоотношением (*dictorum convenctorumque constantia et veritas* – Cic., *de off.*, 1, 23).

На рубеже II-I вв. до н.э. Клавдий Центумал, которому авгуры (жрецы, производившие гадания по полету птиц) предписали снести дом на Целии, закрывавший вид, выставил его на продажу, скрыв предписание. Покупатель Кальпурний Ланарий подал в суд по доброй совести. Итогом дела стало знаменитое суждение М. Катона об обязанности продавца сообщать пороки товара покупателю. Существенное изменение традиционного правила заключалось в том, что торжественные формы отчуждения (манципация) обязывали продавца к ответственности лишь за произнесенные при акте слова, тогда как добрая совесть возлагала на него обязанность отвечать даже за скрытые пороки (Cic., de off., 3, 66; Val. Max., 8, 2, 1). Бехманн высказывался в пользу прежнего существования подобного правила [12: 654]. Ему следуют Шермайер и Солидори [57: 68; 60: 62 nt. 91]. В этом деле лежат корни современной обязанности по предоставлению информации, которая считается одним из проявлений добросовестности при заключении и исполнении договорных обязательств.

Некоторое время спустя (до 91 г. до н.э.) в суд попал такой казус. Марий Гратидиан продал Сергию Орате, постройку которую он сам купил у него же несколько лет назад. Сделка была оформлена торжественным обрядом манципации, при котором продавец обязательно делал заявление о правовом режиме участка, как привило, что он свободен от прав третьих лиц. В этом же случае Гратидиан не указал, что здание обременено сервитутом, полагаясь на то, что покупателю как недавнему собственнику это обстоятельство прекрасно известно. Ората же подал на него в суд, апеллируя именно к принципу добросовестности, который требовал, чтобы продавец нес ответственность за умолчание об известных ему пороках товара. Сообщая об этом деле, которое вели знаменитые ораторы и правоведы эпохи Красс и Антоний, Цицерон говорит, что Красс на стороне истца отстаивал фиксированное право (*ius*), тогда как Антоний выступал за справедливость (*aequitas*). Право формулировалось как консолидированное в устойчивую формулу требование добросовестности (суждение Катона), тогда как противостоящая ему справедливость выражалась в том, чтобы учитывать обстоятельства конкретного дела. Победил ответчик, в связи с чем Цицерон отмечает, что предки не были столь уж косными (*astutos*), как принято считать (Cic., de off., 3, 67). Свидетельство примечательно тем, что здесь уже добросовестность предстает в виде фиксированного общего правила, слепое применение которого может повлечь несправедливость без учета специфики ситуации [18: 122 sqq].

Выступая в качестве устойчивого нормативного принципа, *bona fides* управляет структурой синаллагмы (установление взаимной обусловленности обязательств и восстановление нарушенной эквивалентности предоставлений) и определением критериев

ответственности в зависимости от договорного типа. Великий Лабейон в начале I в. н.э. прямо возводит взаимность обязательств к требованиям добросовестности [13: 27 sqq]. *Bona fides* определяет недопустимость предъявления требования из взаимного обязательства в отсутствие встречного предоставления (аналог ст. 328 ГК РФ) и определяет восстановление нарушенной эквивалентности предоставлений в двусторонних обязательствах.

Консенсуалистские установки, свойственные пандектистике, были преодолены на рубеже XIX-XX вв. в работах А. Перниси, С. Пероцци и П. Бонфанте, когда было установлено, что в римском праве ведущая роль в обязательстве признавалась не за соглашением сторон, а за нормативной связью, составлявшей обязательственное правоотношение, содержание которой определялось, прежде всего, параметрами договорного типа. В рамках учения об обязательстве как связи сторон категория добросовестности представляла не требование к данному слову, а особым определением нормативной роли сторон, зависимой от типа контракта [45: 283 sqq; 304 sq; 46: 108 sq]. Такая трактовка означала и пересмотр принципов толкования договора – от выяснения смысла слов и воли сторон романистика пришла к пониманию объективного (нормативного) содержания правоотношения, которое включает в себя все, что свойственно данному договорному типу (*naturalia negotii*) и общим принципам правового взаимодействия, независимо от того, выражено ли это в договоре.

Содержание договора должно толковаться с учетом параметров конкретной ситуации, поскольку сам договор позволяет (как и любая норма) преодолеть фактическую составляющую социального бытия, формализовав релевантные факты в соответствии с признанной интенцией участника оборота: выявление новых (неучтенных и непредвидимых) фактов, переоценка учтенных и изменение контекста должны учитываться в ходе исполнения договора или применения средств защиты. Руководством здесь должна быть основная цель договора, понимаемая как признанный типичный интерес сторон, организующий все соответствующее регулирование данного типа отношений (кауза). Несущественные отклонения от типа (признанного интереса) должны игнорироваться, выраженные оговорки не должны вступать с ним в противоречие, защита (и применяемые критерии вменения) должна быть подчинена параметрам типа. Понятие типа включает в себя идею взаимозависимости встречных обязательств и поддержание эквивалентности предоставлений (оба аспекта формируют *баланс интересов* сторон как найденную пропорцию, форму и порядок регулирования, воплощенный в договорном типе формальный – интегрированный в систему формальных связей и определений –

социально-экономический интерес, как благо и вид деятельности), которые и составляют основное (и первичное) поле действия принципа добросовестности в гражданском праве.

2 Баланс интересов сторон и нормативная структура договора

Эквивалентность предоставлений и соразмерность встречных обязательств – важнейшее свойство 상호обязывающих договоров. Каждая из сторон несет обязанности перед другой, и каждая выступает кредитором в отношении соответствующего обязательства другой стороны (п. 2 ст. 308 ГК РФ). Предоставления по встречным обязательствам должны быть эквивалентны. Это одно из проявлений принципа равенства участников гражданских отношений (п. 1 ст. 1 ГК РФ). Современная доктрина добавляет к этим свойствам договора также справедливое распределение рисков, связанных с непредвидимыми и непреодолимыми событиями, способными затруднить или сделать невозможным достижение целей договора [20, 28 sq, §2 Rn.22]. Равноценность, эквивалентность встречных предоставлений и справедливое распределение договорных рисков входит в понятие договора и определяет требования к толкованию договора для установления его содержания [20, 572-641, §29-33 S. 572-575; §29 Rn. 1 – 14].

С эквивалентностью предоставлений как признанным свойством договора тесно связаны понятия несправедливых договорных условий (п. 2 ст. 428 ГК РФ), порядок исполнения встречных обязательств (ст. 328 ГК РФ) и изменения или расторжения договора вследствие существенного изменения обстоятельств (ст. 451 ГК РФ). От этого принципа зависит и регулирование отдельных видов обязательств, предусматривающее определение цены договора, порядок исполнения или принятия исполнения, действия сторон и порядок защиты в случае нарушения, неполного или ненадлежащего исполнения договорных обязанностей. В случае нарушения эквивалентности предоставлений по договору закон предусматривает порядок восстановления соответствия взаимных обязанностей применительно к отдельным видам договоров. Например, в случае существенного ухудшения условий пользования, предусмотренных договором аренды, или состояния имущества арендатор вправе требовать соответственного уменьшения арендной платы (п. 4 ст. 614 ГК РФ).

Представление об эквивалентности предоставлений покоится на учении Аристотеля о распределяющей и уравнивающей справедливости и составляет тоpos (общепринятое базовое понятие) европейской правовой культуры. Римская юриспруденция возводила как структуру взаимных (синаллагматических) обязательств, так и соразмерность предоставлений к принципу добросовестности (*bona fides*), управляющему всей сферой частноправового взаимодействия. Нормальным участником правового общения, лицом, которое отвечает масштабу и композиции сферы частного права, признавался «добрый муж» (*vir bonus*) – модельный человек, воплощающий на

субъективном уровне требования добросовестности: не ставить свои интересы выше интересов другого, сотрудничать с другой стороной договора, информировать контрагента о скрытых пороках объекта права, принимать меры к устранению этих пороков, не допускать умысла, сохранять верность договору, который отвечает объективным требованиям правопорядка. Эти качества выражают и фиксируют в требованиях к субъекту и его поведению общие принципы права. Сегодня эти требования к стороне обязательства предъявляет российский закон (п. 3 ст. 308 ГК РФ). Добросовестность – это выраженная в характеристиках субъекта правового общения норма права, управляющая всей сферой правового общения и данным типом правоотношений в частности.

При обязательствах по доброй совести правоотношение зависит не от консенсуса (согласования воли), а от нормативной модели (*causa*), так что его нормальным содержанием признается эквивалентность предоставлений и соответствующая гармония интересов, управляемая именно принципом добросовестности. Здесь сама исковая формула требует, чтобы судья *ex officio* восстановил нарушенное соответствие (обеспечение соразмерности предоставлений, компенсация чрезмерной обременительности, приложение надлежащих критериев вменения), так что перезаключение договора при нарушении эквивалентности не предполагалось.

Волевой подход к обязательству, акцентирующий момент консенсуса, когда именно договор признается источником прав и обязанностей, подобно закону, под видом уважения к автономии личности («свобода договора») в действительности навязывает следование букве соглашения («нерушимость договора»), и «верность слову» оборачивается преклонением перед мертвой буквой, так что действительная воля сторон в конечном счете игнорируется. Единственная уступка справедливости здесь возможна лишь в форме освобождения от обязательства, если непредвиденное изменение обстоятельств сделало его исполнение чрезмерно обременительным для одной из сторон. При этом дополнительным реквизитом отмены договора выступает существенность изменений: обстоятельства должны измениться в такой степени, что сторона, которую они затронули, не заключила бы договор на таких условиях, если бы могла их предусмотреть. Об адаптации договора к новым обстоятельствам в этой парадигме говорят как об исключительной мере: суд почитает это недопустимым вторжением в отношения сторон, создание новых прав и обязанностей, отличных от установленных договором или законом.

В нормативной перспективе, напротив, источником обязательственного правоотношения признается объективное право, тогда как договор рассматривается лишь как акт вступления сторон в обязательство определенного типа. Здесь воля сторон

подчиняется признаваемым объективными требованиям договорного типа (*naturalia negotii*), которые действуют диспозитивно, но создают нормативный контекст допустимых отступлений. Сама воля на заключение договора считается нормативно обусловленной, формальной, конформной общим требованиям правопорядка. При таком подходе задача восстановления нарушенного соответствия, утверждения эквивалентности предоставлений становится естественной функцией суда – *officium iudicii* [49: 159]. Суд обязан, следуя требованиям закона и общим принципам права, адаптировать отношение к изменившимся обстоятельствам, потому что согласованность и эквивалентность предоставлений, гармоничный баланс интересов сторон признаются объективным содержанием обязательственного правоотношения. Добросовестность в этой парадигме становится естественным источником прав и обязанностей сторон, интегративным началом, определяющим содержание правоотношения.

При заключении договора устанавливается баланс интересов, отвечающий внешним условиям на момент вступления договора в силу. Возникающее обязательство регулирует порядок действий сторон по исполнению, выдвигая соответствующие природе договора критерии вменения, позволяющие возложить на ту или иную сторону ответственность за отступление от принятого стандарта поведения и степени осмотрительности как в отношении цели договора, так и задействованных интересов другой стороны. Формализация хозяйственных целей сторон и интегрирование данных о внешних условиях исполнения в содержание обязательства ведет к минимизации экономических и финансовых рисков, позволяя достичь известной степени независимости от внешних обстоятельств – что и является тем благом, которое заключено в самом договоре и определяет ценность правовой формы социального взаимодействия и правового обеспечения подлежащих интересов. Распределение рисков и фиксация формальных требований к поведению участников отношения позволяет предусмотреть и будущее развитие внешних условий так, чтобы найденный баланс интересов сторон сохранял пропорциональность, свойственную данному договору (обязательству). Такая устойчивость договорных отношений, способность автоматически адаптировать правоотношение к изменению обстоятельств составляет важнейшее свойство правовой формы, сущность которой как раз и состоит в обеспечении определенной меры независимости от «рисков действительности» (говоря словами Вернера Флуме [20: 497 sq]), благодаря преобразованию внешних природных и социальных факторов в формальные элементы правоотношения.

Возможная реакция на изменение внешних обстоятельств не обязательно должна быть выражена в условиях договора: общие правила, управляющие договорами

(обязательствами) данного типа, входят в содержание правоотношения и оказывают на него не меньшее воздействие, чем прямые заявления сторон. Общие принципы права (п.2 ст. 6 ГК РФ) и общие нормы договорного права (гипотеза которых не может и не должна содержать исчерпывающий состав и получает окончательную определенность в зависимости от конкретных обстоятельств) входят в волеизъявление сторон и связывают участников отношения, составляя нормативный контекст, предпосылку и естественное содержание договора.

Общие принципы, нормы общей части и нормы, управляющие договором определенного типа, вместе составляют нормативное содержание правоотношения, предписывая соответствующую реакцию на изменение внешних обстоятельств: договорное обязательство содержит в себе самые необходимые меры реагирования на такие вызовы, автоматически исправляет возможный дисбаланс, сообщая отношению в целом и каждой из сторон искомую определенность правового положения, включая и возможные компенсации за понесенный ущерб и нереализованные ожидания (убытки). Такая защита заключена в самом договорном обязательстве, является его естественным следствием и учитывает возможные, обычные и предвидимые, внешние вызовы. Договор, особенно долгосрочный, предусматривает необходимые меры для обеспечения сохранения найденного баланса интересов при любом возможном изменении обстоятельств. Столь же естественным является и порядок, предусматривающий адаптацию договора при неожиданном и непреодолимом изменении внешних условий (ст. 451 ГК РФ). Пропорция, установленная договором, должна оставаться стабильной: в этом и заключается действие договора по обеспечению справедливости; эта способность к адаптации и делает договор «законом для сторон».

Восстановление нарушенной пропорции, поддержание баланса интересов, восстановление справедливости (*reductio ad aequitatem*) путем адаптации договора к изменившимся обстоятельствам производится при следующих условиях. Во-первых, изменение обстоятельств не должно быть следствием виновного поведения одной из сторон. Во-вторых, изменение должно быть непредвидимым. В-третьих, изменение обстоятельств должно быть таким, что сторона, чьи интересы им затронуты, не заключила бы – по доброй совести – такой договор (или заключила бы его на других условиях), если при заключении договора могла бы предполагать наступление таких изменений.

Реформа обязательственного права во Франции привела к тому, что с 1 октября 2016 г. статья 1108 Кодекса Наполеона, устанавливавшая 4 существенных условия соглашения (согласие сторон, дееспособность контрагентов, определенность объекта и правомерное основание) утратит упоминание каузы (*cause licite*), заменив его на

правомерное содержание. Наличие конкурентного проекта, выдержанного в уважительном к традиции духе, заставляет усматривать в предпочтении, отданном комиссии Катала, стремление французского законодателя следовать взглядам, сложившимся в практике международной торговли и отвечающим ее запросам деконцептуализированным представлениям о правовом общении. Отказ от учения об основании поддерживается тем скептическим отношением к категории каузы, который сложился уже в начале XX в. в связи с утратой понимания института. Даже попытка Анри Капитана возродить учение об основании не повлияла на общий кризис доктрины. Если влияние каузы на возникновение обязательства в целом признавалось, ее отрицали как значимый фактор сохранения и реализации правоотношения. Тем самым отвергался традиционный тезис "с отпадением причины отпадает следствие" (*causa cessante cessat effectus*), так что обоснование расторжения или изменения договора утратило связь с учением о каузе. Восстановление этой связи становится актуальной задачей юридической науки, для которой преобладание теоретического знания и поддержание уровня концептуализации суждений является условием сохранения дисциплины.

Указанное направление, восстанавливая традиционные связи между понятиями, как представляется, может способствовать поиску практических решений, лучше поддерживающих оборот и наднациональные связи, чем деградация к функциональным обоснованиям, лишенным системы и категориального аппарата. Современное учение о каузе постепенно восстанавливает традиционное понимание категории, заложенное средневековой схоластикой. В середине XII в. Рогерий противопоставляет каузу условию: если кауза относится к прошлому, то условие к будущему событию, определяющему действительность сделки. Речь шла о каузе в субъективном смысле как побуждении души (*animi impulsus ad aliquid agendum*), понятии, представленном в популярном руководстве по свободным искусствам ("Elementarium" Папия), составленном в середине XI в. Это понимание каузы не сближалось с понятием побудительной причины (*causa efficiens* – редкий пример такого сближения у Аккурсия: *gl. mulier in Cod. 5,12,25 de iure dot., l. Si mulier*). Иоанн Бассиан противопоставляет *causa impulsiva* целевой причине – *causa finalis*, что на века определило понимание каузы в юридической науке (Iohann. Bass., *gl. In Cod. 2,3,1, de pactis, l. condicionis*, ed. Meijers E., 379).

Ацо считает *causa impulsiva* скрытым желанием (*in corde retentum*), тогда как *causa finalis* отличает выраженность. Хотя *causa finalis* понимается как субъективное желание, она по-прежнему относится к будущим возможным событиям, тогда как побудительный мотив – к прошлым. Не имело успеха учение Гвидо де Гвиниса (*mos Gallicus*), связывавшее *causa impulsiva* с выгодой (*commodum*) получателя, а *causa finalis* – с выгодой

волеизъявителя (и встречным предоставлением). Значительно более прочной оказалась связь *causa finalis* с установками законодателя (*ratio legis*), что имело существенное значение для действительности акта, в отличие от подвижной и случайной побудительной причины, понимаемой как субъективный мотив. Кауза как критерий действительности сделки наделяется и контролирующей функцией, отвечая не только за возникновение юридического эффекта акта, но и за его продолжение и сохранение, в соответствии с максимой “*cessante causa cessat effectus*” (с прекращением причины прекращается и следствие). Жак де Ревиньи (Пьер де Бельперш – Belleperche. *Lectura in Cod.* 1,3,51 [52], *de episc. et cler.*, l. *generaliter*) придает этому учению генеральное значение: подчиненное положение юридической силы акта констатируется “*et in causa legis, et in causa pacti, et in testamentis*”.

Чино да Пистойя возводит к Дино дель Мугелло полное исключение побудительного мотива (*causa impulsiva*) из учения о каузе (Cino, *Comm. in Cod.* 1,3,51 [52] *de episc. et cler.*, l. *generaliter*, n.3). Джованни д’Андреа (Novella in c. 10, X, I, 9 *de renunciatione*, c. *nisi cum pridem*, n.29) считал, что в суде имеет значение только *causa finalis*, тогда как побудительный мотив должен считаться случайностью (*occasio*). Окончательно сводит *causa impulsiva* к простому мотиву Бальд (Comm. In Cod. 1,3,51 [52], *de episc. et cler.*, l. *generaliter*, n.5): *proprie non est causa sed est quoddam motivum* (собственно это не кауза, а просто мотив). Ему же принадлежит предостережение, что ссылки на побудительный мотив представляют собой злоупотребление: *causa impulsiva est causa abusiva* (Baldus. *Super Decretal.*, Comm. in c. 11, X, I, 9 *de renunciatione*, c. *post translationem*, n. 4).

Кауза вбирает в себя этические требования, оправдывающие и контролирующие юридические следствия акта. Представляя юридический акт как движение (действие), глоссаторы выделили из четырех причин Аристотеля (побудительной, целевой, формальной и материальной) две динамические – побудительную и целевую (*causa efficiens* и *causa finalis*), отведя двум другим статическое значение (Жан ле Мойн – Jean Le Moynes, Iohannes Monachus). Тем самым случайное и временное, свойственное, как казалось, праву, подкреплялось вечным и объективным, которое концентрировалось в этике (*licitum et honestum*). Рациональный подход, свойственный схоластике, видел в каждом человеческом действии акт разумного человека, рациональность (*rationabilitas*), которая также насыщалась этическим измерением. В канонической традиции божественное оправдание каждого акта также выражалось через понятие каузы, на которой покоится любая норма, даже божественная (*fas est, idest aequum est, cum subest*

causa). Luca Da Penne: in omni eo quod agendum est causa requiritur... nihil etiam Deus agit in terra sine causa (cfr. Cic., de off., I, 29, 101).

Понятие каузы становится необходимым элементом оценки внутренней стороны человеческого действия, которая позволяет преодолеть внешний аспект факта (деяния) и затронуть духовную сторону действующего лица: *causa potius est inquirenda quam ipsum factum* (Iohannes Teutonicus, gl. et ad causam in c. 14, С. XXIII, q. 8). В письме папе Александру I Иоанн Тевтоник воспроизводит эту формулу применительно к *animus* (намерению), показывая, что кауза относится к внутреннему миру человека, к духовному, которое стоит за материальным действием. Внимание к побудительным мотивам, к движению души, которое превалирует в оценке деяния, восходит к классической юриспруденции (D. 47, 2, 29 (Ulp.): *nec enim factum quaeritur, sed causa faciendi*). Этический подход, свойственный Средневековью, смыкается к юридическим, ориентированным на установление научных оснований квалификации деяния [54: 54 sqq].

В оценке позитивных источников права наряду с формальным подходом, который устанавливает иерархию по силе действия (меньшее не может противоречить большему – *minor in maiorem non habet imperium*), утверждается содержательный, который требует соответствия нормы справедливости, т.е. подчиняет ее критерию наличия основания, каузы. Уже Ацо обосновывал приоритет каузы над формальной нормой, допуская изменение и нарушение естественного или гражданского права при наличии правомерного основания [40: 38 sqq]. Это учение получило развитие в трудах школы комментаторов, начиная с Пьера де Бельперша (Жак де Ревиньи) в Орлеане и его ученика Чино да Пистойя уже в Италии [42: 55-96].

Начиная с XVIII в. понимание каузы в европейской юридической науке деградировало. Уже в трудах Дома и Потье, которые легли в основу Кодекса Наполеона кауза лишилась последовательности и свелась к содержанию взаимообязывающего обязательства (предмету сделки) или к индивидуальному (и случайному) побудительному мотиву. Не удивительно, что в германской пандектистике, верной волевой теории сделки, кауза свелась к каталогу самых общих типов (или даже нормативных контекстов) волеизъявлений: *causa dandi* (основание переноса права собственности), *causa credendi* (основание заключения обязательства), *causa solvendi* (основание исполнения обязательства). Остались без решения проблемы реакции на отпадения основания и выбора между эксцепцией, кондикцией и виндикацией, поскольку разные авторы предлагали разные решения, тогда как выбор практики определялся задачами защиты оборота и третьих лиц. Практические следствия во Франции (где кауза была реквизитом договора) и в Германии (где кауза игнорировалась) были настолько схожи, что внимание к

категории окончательно притупились. Только в Италии вопрос продолжал оставаться в центре научного внимания. В начале XX в. итальянские ученые П. Бонфанте и Э. Бетти предложили объективное понимание каузы как функции сделки [3: 167 sqq; 4: 64 sqq.]. Однако вскоре их решение подверглось критике, которая консолидировалась в работе Дж. Ферри [16]. В самом деле, интерес может иметь только субъективную трактовку, тогда как кауза как функция сделки неизбежно сближалась с типом сделки.

Современное понимание обязано учитывать историю деградации концептуального обоснования понятия и индивидуальную природу интереса. С позиций учения о социальных системах [70] кауза предстает системным кодом, который контролирует вход в систему, в данном случае, в правовую (нормативную) систему, когда индивидуальное выступает источником действия, имеющего системный характер. Кауза - это индивидуальный интерес, отвечающий требованиям правовой системы. Такой интерес, в преддверии вхождения в сферу права, неизбежно подчиняется требованиям нормы, управляющим правовой системой, типизируется и формализуется, получая маркировку системы и одновременно возводя индивида и его волеизъявления на высоту нормативной сферы общения. Конфликт между материальным и природным (включая досистемное индивидуальное) определяет дальнейшее пребывание волеизъявления в рамках права. Искривление найденного соответствия (гармонии) неизбежно ведет к выталкиванию отношения за рамки системы, лишение волеизъявления силы (правового признания). Для договора это означает расторжение. Возможность адаптировать договор к новым материальным (фактическим) обстоятельствам выявляет гибкость и мощь самой системы, которая оказывается адаптивна к внешней среде и способна навязать ей свой код и свои принципы. Системный подход к праву как к нормативному социальному явлению позволяет раскрыть потенциал традиционных научных категорий, заряженный многофакторными практическими следствиями.

Ст. 178 ГК РФ, устанавливая оспоримость сделки, совершенной под влиянием существенного заблуждения (п. 1), относит к существенным (п. 2), в частности, заблуждение «в отношении природы сделки». П. 3 ст. 178 спешит предупредить: «Заблуждение относительно мотивов сделки не является достаточно существенным для признания сделки недействительной»¹. Противопоставление «природе сделки» как существенному элементу формирования воли на сделку мотива как несущественного

¹ В ред. Федерального закона от 07.05.2013 № 100-ФЗ. В первоначальной редакции Федерального закона от 21.10.1994 абз. 2 п. 1 ст. 178 такой реквизит, как природа сделки, занимал первое место, а отказ мотивам в существенном значении непосредственно примыкал к списку существенных элементов: «Существенное значение имеет заблуждение относительно природы сделки либо тождества или таких качеств ее предмета, которые значительно снижают возможности его использования по назначению. Заблуждение относительно мотивов сделки не имеет существенного значения».

можно считать верным руководством для понимания смысла, который законодатель вкладывает в заблуждение в природе сделки, и значения уникального для текста ГК термина «природа сделки». В цивилистике к идее мотива традиционно обращаются для раскрытия понятия каузы (основания сделки): если заблуждение в мотиве для права безразлично, то ошибка в основании признается настолько существенным, что ставит под вопрос само существование сделки². Заблуждение относительно природы сделки для целей п.2 ст. 178 следует приравнять по смыслу к хрестоматийной *ошибке в основании* – *error falsae causae*.

В ГК РСФСР 1922 г. такого противопоставления не было. Ст. 32 говорила о заблуждении, «имеющем существенное значение», наряду с другими пороками воли. Та же терминология использовалась в ГК РСФСР 1964 г., где заблуждение регулировалось отдельно в ст. 57.

Понятие природы договора применяется канадскими цивилистами и среди действующих кодексов представлено лишь в ГК Квебека 1994 г. Глава 2 «О договоре» в Книге 5 «Об обязательствах» содержит целый раздел «О природе договора и отдельных его видах» (*De la nature du contrat et de certaines de ses espèces*), однако под «природой договора» здесь имеется в виду самое общее определение договора как согласования воли, устанавливающего обязательство (абз. 1 ст. 1378). Ошибка, согласно ГК Квебека, означает порок воли обеих сторон, если относится к обстоятельству, существенному для формирования воли (ст. 1400). Среди таких обстоятельств ст. 1400 называет характер договора и предмет предоставления. Характер договора – это его свойство, которое может выступать основанием классификации договоров на договоры синаллагматические и односторонние, возмездные и безвозмездные, договоры присоединения и со взаимно согласованным содержанием, меновые и алеаторные, с единовременным или с длящимся исполнением (абз. 2 ст. 1378). Ошибка в характере договора означает, таким образом, существенное расхождение между представлением одной стороны и действительностью или представлениями другой стороны. Ошибка же в природе договора невозможна, поскольку это его определение.

Ошибка в природе договора известна ГК Эфиопии 1960 г., статья 1699 которого выделяет всего два вида ошибки, влекущей оспоримость договора: в природе договора и в его объекте. Ст. 1701 выделяет два вида незначительных ошибок, которые не дают основания для оспаривания договора: ошибку в мотивах и арифметическую ошибку (которую следует просто исправить). Таким образом, ошибка в природе договора отнесена

² Х. Кетц возводит оппозицию к Савиньи [34: 182, пт. 46]. В действительности, она восходит к комментатору Бальду (XIV в.).

к фундаментальным, и такой ошибке противостоит ошибка в мотивах заключения договора, как и в действующем ГК РФ.

К источникам Гражданского кодекса Эфиопии его автор Рене Давид причислял гражданские кодексы Франции, Швейцарии, Италии, а также – Греции (видимо, по временной близости) и Египта (видимо, по географической) [12: 504]. Однако ни один из названных источников не знает категории «ошибка в природе договора» и не противопоставляет ее ошибке в мотивах.

Кодекс Наполеона содержит лишь одну статью 1110, которая устанавливает, что ошибка может быть причиной ничтожности соглашения, только если она относится к субстанции вещи, являющейся объектом договора (*L'erreur n'est une cause de nullité de la convention que lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet*) [24: 507]. Официальное толкование распространило идею существенной ошибки на другие аспекты соглашения, а в 1943 г. Кассационный суд специально исключил ошибку в мотивах из допустимых оснований оспаривания договора (*L'erreur sur les motifs n'est pas une cause de nullité, à moins que parties aient été d'accord pour en faire la condition de leur contrat* (Civ. 3 août 1942: D.A. 1943, 18)). Французский кодекс все же не мог послужить текстовой базой для противопоставления ошибке в мотивах ошибки в природе договора.

Пятая часть ГК Швейцарии «Об обязательственном праве», введенная законом от 30 мая 1911 г. содержит несколько положений об ошибке в договоре (стт. 23 – 28). За ст. 23 о существенной ошибке как основании оспаривания договора следует ст. 24, в п. 1 которой, подобно п. 2 ст. 178 ГК РФ, приводятся отдельные виды существенной ошибки. Первой из них названа ошибка в виде договора, когда сторона объявила о заключении договора, отличного от того, который она собиралась заключить. В следующем же пункте этой статьи (п. 2 ст. 24) ошибка в мотивах объявляется несущественной. Здесь противопоставление выдержано не менее четко, чем в ГК Эфиопии, но категории «природа договора» в швейцарском кодексе нет.

В ГК Греции специальная статья (ст. 143) указывает, что ошибка в мотивах не относится к существенным, но греческий законодатель не знает выражения «природа договора». Наконец, ГК Италии список ошибок, отнесенных к существенным (ст. 1429) возглавляет ошибка относительно природы или предмета договора (*sulla natura o sull'oggetto del contratto*) с отсылкой к ст. 1322 о свободе сторон (*autonomia contrattuale*) устанавливать содержание договора (*contenuto del contratto*) в пределах, установленных законом³. Эта отсылка проясняет значение понятия предмета договора, в отличие от

³ Германское гражданское уложение, которое оказало заметное воздействие на ГКИ, говоря об ошибке (§119 (1)), фиксирует лишь ее необходимую связь с содержанием договора (*Inhalt*). Ведущий

объекта предоставления (*oggetto della prestazione*), заблуждение в идентичности которого также составляет существенную ошибку. Природа договора тем самым приравнивается к его содержанию (в его существенных чертах), что может быть прямым источником изучаемого положения ГК РФ. Однако ИГК вовсе не упоминает мотивов заключения договора.

Из наднациональных унификационных проектов *lex mercatoria* источником нормы ст. 178 ГК РФ могут быть лишь Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА (1994 г.)⁴. Статья 3.5 (в современной редакции 2010 г. это статья 3.2.2) употребляет термин «*relevant mistake*» («значительное заблуждение» в русском тексте), устанавливая, что ошибка для целей оспаривания должна быть настолько значительной, что разумное лицо, находясь в той же ситуации, что и сторона договора, заключила бы его на совершенно иных условиях или не заключила бы его вовсе, если бы знала о действительном положении дел. Это положение соответствует понятию существенной ошибки, однако Принципы УНИДРУА вовсе не классифицируют ошибки по содержанию. Сходным образом поступает и голландский законодатель: ГК Нидерландов 6:228(1) не содержит специальных определений видов ошибки, но указывает, что отмена договора допустима лишь в том случае, если ошибка такова, что договор не был бы заключен при наличии достоверных представлений (*juiste voorstelling*). Этой модели следуют и Принципы европейского договорного права 2002 г. Ст. 4.103 (в редакции 1998 г. это ст. 6.103: *Mistake as to facts or law*) говорит о «фундаментальной ошибке» (*fundamental mistake*). Авторы Принципов специально указывают, что не видят необходимости в выделении отдельных категорий ошибки [50: 233]. Итак, в поиске источника понятийного словаря ст. 178 ГК РФ мы пришли к выводу, что это могла быть лишь комбинация положений итальянского и швейцарского кодексов, которая в подобном же виде известна только ГК Эфиопии 1960 г. – одному из выдающихся достижений современной юридической компаративистики.

Противопоставление мотиву как несущественному элементу побуждения на сделку⁵ выявляет в понятии «природа сделки (договора)» два аспекта: во-первых, в «природе» юридического акта следует видеть его объективное, признанное правом порядком содержание, во-вторых, осведомленность об этом содержании составляет

правовед XIX в. Фердинанд Регельсбергер [53: 606-608] рассматривает каузу в разделе, посвященном содержанию юридической сделки (*Inhalt des Rechtsgeschäfte*). Об ошибке в содержании договора см. комментарии к 1 каузу в обобщении по методу *common core* [41: 88 sqq.].

⁴ Венская конвенция о международной купле-продаже товаров не регулирует вопросы пороков воли.

⁵ Об ошибке, не связанной с формированием воли, но составляющей важное юридическое событие, см. у Виндшайда [69: 179-180].

существенный момент формирования воли, наряду с добровольностью (заключение сделки как реализация автономии личности, а не отказ от нее) и желанием создать юридические последствия (которое не сводится к серьезности намерения). Представляется, что оба аспекта указывают на каузу – важнейший реквизит юридической сделки, который иначе в нашем законе не представлен. Говоря о содержании того или иного договорного типа ГК в части 2 предпочитает термин «существо договора», выражение «природа сделки» уникально. Оно не получило самостоятельной разработки в отечественной доктрине и наведено более развитыми представлениями, воспринятыми из европейской правовой традиции.

Виндшайд обсуждает подлинность выраженной воли как реквизит (необходимый фактор) юридической силы сделки (§§ 75-81). Обращаясь к ошибке, он подчеркивает, что основанием ничтожности акта служит только существенное заблуждение. Первым среди существенных моментов при изъявлении воли великий пандектист называет «природу устанавливаемого правоотношения» [69: 173]. В этих словах одного из основателей Германского гражданского уложения отражена вековая традиция европейской юридической науки, которая и дала миру развитое учение о каузе сделки.

Из четырех видов причины, выделенных Аристотелем: производящей, целевой, формальной и материальной – уже глоссаторы сосредоточили внимание на первых двух (*causa efficiens* и *causa finalis*), отнеся последние к статическим. Понимание человеческого действия как движения требовало объяснения его источника, ведь ничего не бывает без причины («даже Бог не действует на земле без причины» – Лука да Пенне, XIII в.). Такой подход не отрицал действительность человеческой воли, но интегрировал ее в сферу социальных взаимодействий, снимая механицизм в цепи «воля – юридические следствия». Тем самым случайное и временное, свойственное, как казалось, праву, подкреплялось вечным и объективным, которое концентрировалось в этике (*licitum et honestum*). Рациональный подход, свойственный схоластике, видел в каждом человеческом действии акт разумного человека, рациональность, которая также насыщалась этическим измерением. В канонической традиции божественное оправдание каждого акта также выражалось через понятие каузы, на которой покоится любая норма, даже божественная (*fas est, idest aequum est, cum subest causa*).

Кауза сближалась с нормативными параметрами, которыми признавалось заряженным общественное поле. Здесь и этические требования, и справедливость (*aequitas*), и разумность, рациональность (*rationalitas*), так что зависимость следствия от обоснованного желания, побуждения души, представала не просто логической, но получала моральное измерение. Кауза выступала и критерием для публичной власти,

судебного решения, законодательного акта, установления налогов и податей, земельных пожалований. Кауза становится критерием закона, сближаясь с *ratio legis* – его разумным основанием [39: 25 sq; 40: 225 sq].

Кауза вбирает в себя этические требования, оправдывающие и контролирующие юридические следствия акта⁶. Понятие каузы становится необходимым элементом оценки внутренней стороны человеческого действия, которая позволяет преодолеть внешний аспект факта (деяния) и затронуть духовную сторону действующего лица: *causa potius est inquirenda quam ipsum factum* (Iohannes Teutonicus, gl. *et ad causam* in c. 14, С. XXIII, q. 8). В письме папе Александру I Иоанн Тевтоник воспроизводит эту формулу применительно к *animus* (намерению), показывая, что кауза относится к внутреннему миру человека, к духовному, которое стоит за материальным действием. Внимание к побудительным мотивам, к движению души, которое превалирует в оценке деяния, восходит к классической юриспруденции (Ulp. D. 47, 2, 29: *pec enim factum quaeritur, sed causa faciendi*). Этический подход, свойственный Средневековью, смыкается к юридическим, ориентированным на установление научных оснований квалификации деяния [54: 54 sqq.].

В оценке позитивных источников права наряду с формальным подходом, который устанавливает иерархию по силе действия (меньшее не может противоречить большему – *minor in maiorem non habet imperium*), утверждается содержательный, который требует соответствия нормы справедливости, т.е. подчиняет ее критерию наличия основания, каузы. Ацо обосновывал приоритет каузы над формальной нормой, допуская изменение и нарушение естественного или гражданского права при наличии правомерного основания. Это учение получило развитие в трудах школы комментаторов, начиная с Пьера де Бельперша (Жак де Ревиньи) в Орлеане и его ученика Чино да Пистойя уже в Италии [42: 55-96].

Дальнейшая проработка темы привела к выделению ведущего типа каузы – целевой (конечной) причины (*causa finalis*), которая могла служить обоснованием закона и его нормативной силы, в оппозиции к побудительной причине, редуцированной до мотива (*causa impulsiva*). В ведущем учебнике свободных искусств середины XI в. “*Elementarium*” («Энциклопедии») Папия кауза определялась как побуждение (*impulsus*) души к какому-либо действию (*causa est animi impulsus ad aliquid agendum*). Аккурсий в XIII в. употребляет термины “*causa impulsiva*” и “*causa efficiens*” как взаимозаменяемые, но еще за век до него Рогерий сближает конечную цель с условием, которое обращено в будущее, оставляя за побудительной причиной значение события в прошлом. Так появляется

⁶ Уже в школе Ирнерия кауза выступает синонимом справедливости (*aequitas*), корректируя издержки формального действия нормы (*rigor iuris*). См.: [9: 25 sqq.].

терминология, различающая ближайшую (*causa proxima*) и отдаленную причины (*causa remota*) [89: 378]. Различение импульса, отвечающего за непосредственное побуждение, и собственно каузы как искомой цели, будущего события, определяющего совершение юридически значимого действия, утверждается в глоссе Иоанна Бассиана (gl. in Cod. 2, 3, 1, de pactis, l. Conditionis) [40: 379 sq.]. Это противопоставление дополняется суждением Ацо (Lectura in Cod. 4, 6, 7 de cond. ob causam dat., l. Si petendi, n.2), согласно которому *causa impulsiva* – это невысказанный, внутренний мотив действия (*in corde retentum*), тогда как *causa finalis* – выраженное обоснование действия. Именно этот аспект воли в дальнейшем идентифицируется с *ratio legis* и обсуждается как существенный элемент юридического акта. В XIII в. Одофред (Lectura in Cod. 2, 3, 1, de pactis, l. Conditionis) считает целевой каузу, если она выступает определяющим фактором для совершения акта, тогда как импульсивная лишь содействует (*coadiuvans*) формированию воли. Кауза как критерий действительности сделки наделяется и контролирующей функцией, отвечая не только за возникновение юридического эффекта акта, но и за его продолжение и сохранение, в соответствии с максимой “*cessante causa cessat effectus*” (с прекращением причины прекращается и следствие). Жак де Ревиньи (Пьер де Бельперш – Belleperche. Lectura in Cod. 1,3,51 [52], de episc. et cler., l. *generaliter*) придает этому учению генеральное значение: подчиненное положение юридической силы акта констатируется “*et in causa legis, et in causa pacti, et in testamentis*”.

Чино да Пистойя возводит к Дино дель Мугелло полное исключение побудительного мотива (*causa impulsiva*) из учения о каузе (Cino, Comm. in Cod. 1,3,51 [52] de episc. et cler., l. *generaliter*, n.3). Джованни д’Андреа (Novella in c. 10, X, I, 9 de renunciatione, c. *nisi cum pridem*, n.29) считал, что в суде имеет значение только *causa finalis*, тогда как побудительный мотив должен считаться случайностью (*occasio*). Окончательно сводит *causa impulsiva* к простому мотиву Бальд (Comm. In Cod. 1,3,51 [52], de episc. et cler., l. *generaliter*, n.3): *proprie non est causa sed est quoddam motivum* (собственно это не кауза, а просто мотив). И далее юрист-философ устанавливает на века вперед соответствие между ближайшей и целевой (конечной) причиной, отводя побудительной значению отдаленной (опосредованной) причины: “*Breviter dico, quod causa finalis est propter quam aliquid immediate conceditur, causa impulsiva est quae occasionem remotam praestat*” (Короче говоря, конечная причина – это та, из-за которой что-либо непосредственно следует, побудительная причина – это та, что составляет отдаленное событие). Ему же принадлежит предостережение, что ссылки на побудительный мотив представляют собой злоупотребление: *causa impulsiva est causa abusiva* (Baldus. Super Decretal., Comm. in c. 11, X, I, 9 de renunciatione, c. *post translationem*, n.4). Внимание к

формированию воли заставляет видеть в учении Бальда субъективную трактовку каузы. Представляется, что это впечатление поверхностно. Выраженное исключение мотива из реквизитов воли говорит о поиске нормативного (объективного) основания волеизъявления: чтобы получить юридический эффект, следует установить естественную причину, несводимую к случайным и единичным факторам. Учение о каузе смыкается с учением о существенных элементах договора (*essentialia*), которое разрабатывалось преимущественно применительно к договору купли-продажи как модельному. Именно в этой связи утвердилось представление о существенных условиях договора, включающее согласие, вещь и цену (*consensus, res, pretium*). Догматически одно учение дополняло другое, но получилось, что теория существенных элементов договора в XVII-XVIII вв. надолго подменила собой концепцию каузы. Сегодня обращение к правовым учениям эпохи Возрождения является непрямым условием восстановления преемственности взглядов европейской юридической науки [72: 174 и след.].

В представлении Дома и Потье кауза сводится к существенным элементам обязательства и начинает совпадать с предоставлением, ожидаемой от другой стороны договора: каузу обязательства продавца усматривают в уплате цены, покупателя – в получении вещи. Эти взгляды, представляющие собой, по сути, отказ от категории каузы, в дальнейшем получили широкое распространение в германской пандектистике, что усилило позиции критиков каузы как излишнего элемента договора (сделки), якобы, не имеющего влияния на действительность обязательства и возникновение правового эффекта юридического акта. С этих пор начинается глубокий кризис концептуального обоснования каузы, затронувший и французскую доктрину и сравнительно-правовые взгляды современности.

В отечественной юриспруденции XIX в., зависимой от французских и немецких образцов, понятие каузы подлежащей разработке не получило. В новейшей литературе эта категория привлекла к себе интерес со стороны автора известной работы, посвященной институту неосновательного обогащения [71: 237 и след.] – теме, которая объективно стимулирует обращение к проблеме «основания». Из обстоятельного обзора, выполненного Д.В. Новаком, следует, что в дореволюционной литературе вопросу каузы уделено заметное внимание лишь в монографии А.С. Кривцова об абстрактных обязательствах. Кривцов выделяет два значения *causa* в римской юриспруденции: субъективной цели предоставления и юридического факта, лежащего в основе перехода имущества. Русский цивилист противопоставляет субъективное понимание каузы как цели не объективному пониманию (тогда еще не разработанному), а нормативному,

близкому к немецкой пандектистике. Эти два значения получили в дальнейшем последовательное признание в советской литературе.

Выделяя в советском правоведении два подхода к проблеме каузы, Д.В. Новак противопоставляет идею цели, выраженную в трудах М.А. Гурвича и М.М. Агаркова нормативистскому подходу, представленному в работах А.Е. Семеновой [73] и Е.А. Флейшиц [74]. Согласно этим авторам, основанием перехода имущества (обогащения) выступает содержание закона или акта, само правоотношение между сторонами, так что неосновательность обогащения следует из простого отсутствия правового оправдания передвижения ценностей от субъекта к субъекту. Д.В. Новак справедливо усматривает в этой позиции проявление позитивистского подхода к праву, более соответствующего советским реалиям, тогда как учение о цели он объявляет выражением признания частного интереса и автономии воли участников частноправовых отношений [71: 242].

Объясняя значение термина «основание» в ст. 399 ГК РСФСР 1922 г., регулировавшей отношения из неосновательного обогащения, М.А. Гурвич говорил «ближайшей, непосредственной хозяйственной цели» совершаемых в обороте перемещениях имущества [71: 240]. Здесь прямая отсылка к *causa proxima* как к *causa finalis*. С этим учением Д.В. Новак сближает понимание каузы в труде М.М. Агаркова [68: 288 и след.]. Однако Агарков, ставя вопрос с позиций цели (частной или более широкой общественной), сам критикует такой подход как чрезмерно узкий, свойственный буржуазному праву, и предлагает интегрировать вопрос о цели в обязательстве в вопрос об основании возникновения обязательств [68: 299]. Критикуя затем понимание основания возникновения обязательств в европейской правовой традиции, автор показывает что этот термин для него означает источники обязательств: договор, деликт, квази-контракт [68: 304 и след.]. Таким образом, постановка вопроса о каузе в терминах цели у Агаркова – лишь дань пандектистской традиции, в которой понятие каузы распалось на цель (*Zweck*) и основание (*Grund*).

Одна из ведущих работ о цели в обязательстве, на которую неоднократно ссылается советский ученый, принадлежит Г. Хартманну [26], который считал цель одним из определений обязательства. Применительно к общему учению о сделке, воле и волеизъявлении выявление цели оказывается неуместным, так как природа сделок различна и не всегда порождает обязательство. Понятие каузы в пандектистике в рамках учения о сделке и имущественном предоставлении вообще (*Zuwendung* – обобщение того же масштаба, что и понятие юридической сделки, разработанное Савиньи) теряет всякую определенность, сводясь к банальным различиям *causa credendi* – *causa solvendi* и выделению *causa donandi*. В этом отношении немецкая доктрина совпадает с французской:

в обеих школах кауза сводится к самому юридическому акту как причине перемещения имущественной ценности. Если во французском праве, ведущей чертой которого выступает консенсуализм, соглашение сторон (консенсус) непосредственно приводит к переходу собственности, то кауза получает доктринальное сближение с консенсусом и его существенными элементами (реквизитами). Принцип разъединения, утвердившийся в пандектистике, выставляет в качестве основания распорядительной (исполняющей) сделки обязательственный договор (*Grundgeschäft*), который и составляет основание имущественного предоставления, достигаемого в ходе исполнения.

Прогресс в понимании каузы достигнут в итальянской цивилистике: два выдающихся романиста П. Бонфанте и Э. Бетти выдвинули объективную теорию каузы [4: 131 sqq; 3: 167 sqq]. В этом учении кауза понималась как функция юридической сделки, как воплощенный в ней признанный типизированный интерес. Казалось, категория каузы вновь обрела свое независимое и обоснованное положение среди реквизитов юридической сделки. Однако в последующие годы объективная теория привела к отождествлению каузы с договорным типом – в соответствии с господствующими позитивистскими представлениями. Такой вариант доктрины вызвал обоснованную критику и возрождение субъективной трактовки каузы в работе Джованни Ферри [16]. Оппозиция сегодня проходит не между концепцией цели и юридического факта, а между пониманием каузы как субъективной цели и как объективного (признанного) интереса (не сводимого к договорному типу). Вопрос в том, что признавать ведущим источником юридической силы акта: частное волеизъявление (автономию индивида) или правопорядок, который предлагает индивиду предписанные формы (типы) признания и защиты его интереса?

Категория природы сделки (договора) позволяет снять противоречие между кантианским (волевым) и позитивистским подходом, выйдя на научный уровень понимания силы юридического акта и подлинной правовой нормативности.

Ведущий исследователь правовых учений средневековья в области частного права Паоло Гросси показывает, что понятие природы договора раскрыто в трудах Бальда (XIV в.). Понятие природы договора (*natura contractus*) выступает в учениях постглоссаторов его третьим предикатом, наряду с сущностью и акциденциями. Если существенные элементы (*substantialia*, начиная с Бальда – *essentialia*) определяют само возникновение обязательства, возможность его бытия, акциденции (*accidentalia*) как внешние элементы выступают допустимыми дополнениями, не влияющими на существование обязательства как такого (они могут быть, а могут и отсутствовать), то естественные элементы договора (*naturalia negotii*) определяет его содержание как договора определенного типа, отличного

от других⁷. Естественные элементы содержания входят в обязательство по умолчанию (даже если они не выражены в договоре) и могут до известной степени изменяться по воле сторон, если такие изменения не выходят за рамки определения договора определенного типа и не угрожают самому его существованию. Входя в структуру договора, относясь к его онтологии, существенные и естественные элементы выделяются как факторы, отвечающие либо за само существование договора, его неизменное и стабильное ядро (сущность), либо за его неповторимое качество и функциональность (природа). Сущность находит релевантную оппозицию в акциденциях и выступает собственно структурой, системным определением договора как договора. Природа относится к содержанию и функциям, определяя хозяйственные задачи и возможности договора, его особый тип. Фиксация понятия каузы в терминах природы сделки отражает развитое научное понимание юридического акта, верное европейской правовой традиции.

Природа договора как предмет ошибки обсуждается на стадии установления правоотношения и включает в себя те задачи, которые ставит перед собой сторона договора в поиске консенсуса с другой стороной. Природа договора – это предмет согласований между сторонами, точка встречи их интересов, но и одновременно фильтр возможных желаний и ожиданий, организующее начало, выдвигающее равную для сторон меру, норму их дальнейшего сосуществования в качестве сторон обязательства. Податливость содержания договора, его способность оставаться самим собой, сохранять свою природу, несмотря на изменения, внесенные по воле сторон, раскрывает сделку как способ и форму учета и примирения разных целей в рамках возможных, отвечающих типу договора (его природе) композиций, как предложение со стороны нормативной системы, потенциально содержащее ответы на запросы сторон, годные для преобразования потребностей в признанные интересы, хозяйственных целей – в устойчивые юридические следствия: аллокацию имущественных ценностей, фиксацию стандартов поведения и ответственности, распределение рисков, предоставление гарантий от возможных внешних вызовов, наделение средствами защиты. Выдвижение встречных требований к сторонам соглашения (или к волеизъявителю при односторонней сделке), выступающих как ограничения системы, предъявляемые к участникам организованных правом отношений, отмечает момент перехода бытового и фактического в урегулированное и формальное, когда цели участников преобразуются в функции правовой формы (нормы), управляющей

⁷ Ученый приводит определение Бальда [25: 609]: “est autem substantia id quo primum res aliquid est. Natura qua primum res talis est... Substantia ponit rem in quidditate; natura ponit eam in qualitate et differentia” (субстанция же – это то, благодаря чему вещь впервые становится чем-либо; природа – то, благодаря чему вещь впервые становится именно такой... Субстанция приводит вещь к бытию, природа приводит вещь к качеству и отличию [от других]).

созданным правоотношением. Интерес представлен в праве как функция управляющей нормы, ее содержание. Логически предшествующее такому преобразованному (оформленному и признанному) интересу побудительное желание, вызванное фактической потребностью, с точки зрения социальной нормы оказывается внесистемным, вторичным элементом социальной жизни. Потребности структурируются и стимулируются нормативной сферой, начинают мыслиться в понятиях, предлагаемых правовой системой, становятся порождением системы, ее проекцией в неорганизованные и неотрефлексированные области субъективности. Субъективное и объективное в праве выступает во взаимозависимом единстве. Кауза – это способ присутствия субъективного в нормативном, форма системного существования субъективного.

3 Распределение рисков в соответствии с нормативным типом договора

При заключении договора устанавливается баланс интересов, отвечающий внешним условиям на момент вступления договора в силу. Возникающее обязательство регулирует порядок действий сторон по исполнению, выдвигая соответствующие природе договора критерии вменения, позволяющие возложить на ту или иную сторону ответственность за отступление от принятого стандарта поведения и степени осмотрительности как в отношении цели договора, так и задействованных интересов другой стороны. Формализация хозяйственных целей сторон и интегрирование данных о внешних условиях исполнения в содержание обязательства ведет к минимизации экономических и финансовых рисков, позволяя достичь известной степени независимости от внешних обстоятельств – что и является тем благом, которое заключено в самом договоре и определяет ценность правовой формы социального взаимодействия и правового обеспечения подлежащих интересов. Распределение рисков и фиксация формальных требований к поведению участников отношения позволяет предусмотреть и будущее развитие внешних условий так, чтобы найденный баланс интересов сторон сохранял пропорциональность, свойственную данному договору (обязательству). Такая устойчивость договорных отношений, способность автоматически адаптировать правоотношение к изменению обстоятельств составляет важнейшее свойство правовой формы, сущность которой как раз и состоит в обеспечении определенной меры независимости от «рисков действительности» (говоря словами Вернера Флуме [20: 497 sq]), благодаря преобразованию внешних природных и социальных факторов в формальные элементы правоотношения.

Возможная реакция на изменение внешних обстоятельств не обязательно должна быть выражена в условиях договора: общие правила, управляющие договорами (обязательствами) данного типа, входят в содержание правоотношения и оказывают на него не меньшее воздействие, чем прямые заявления сторон. Общие принципы права (п.2 ст. 6 ГК РФ) и общие нормы договорного права (гипотеза которых не может и не должна содержать исчерпывающий состав и получает окончательную определенность в зависимости от конкретных обстоятельств) входят в волеизъявление сторон и связывают участников отношения, составляя нормативный контекст, предпосылку и естественное содержание договора.

Общие принципы, нормы общей части и нормы, управляющие договором определенного типа, вместе составляют нормативное содержание правоотношения, предписывая соответствующую реакцию на изменение внешних обстоятельств: договорное обязательство содержит в себе самые необходимые меры реагирования на такие вызовы, автоматически исправляет возможный дисбаланс, сообщая отношению в целом и каждой из сторон искомую определенность правового положения, включая и возможные компенсации за понесенный ущерб и нереализованные ожидания (убытки). Такая защита заключена в самом договорном обязательстве, является его естественным следствием и учитывает возможные, обычные и предвидимые, внешние вызовы. Договор, особенно долгосрочный, предусматривает необходимые меры для обеспечения сохранения найденного баланса интересов при любом возможном изменении обстоятельств. Столь же естественным является и порядок, предусматривающий адаптацию договора при неожиданном и непреодолимом изменении внешних условий (ст. 451 ГК РФ). Пропорция, установленная договором, должна оставаться стабильной: в этом и заключается действие договора по обеспечению справедливости; эта способность к адаптации и делает договор «законом для сторон».

Восстановление нарушенной пропорции, поддержание баланса интересов, восстановление справедливости (*reductio ad aequitatem*) путем адаптации договора к изменившимся обстоятельствам производится при следующих условиях. Во-первых, изменение обстоятельств не должно быть следствием виновного поведения одной из сторон. Во-вторых, изменение должно быть непредвидимым. В-третьих, изменение обстоятельств должно быть таким, что сторона, чьи интересы им затронуты, не заключила бы – по доброй совести – такой договор (или заключила бы его на других условиях), если при заключении договора могла бы предполагать наступление таких изменений.

Нормативная структура договора обеспечивает справедливое распределение рисков между сторонами. Конвенция ООН о международной купле-продаже товаров 1980 г. (Венская конвенция) в ст. 79 (п.1) устанавливает:

«Сторона не несет ответственности за неисполнение любого из своих обязательств, если докажет, что оно было вызвано препятствием вне ее контроля и что от нее нельзя было разумно ожидать принятия этого препятствия в расчет при заключении договора либо избежания или преодоления этого препятствия или его последствий».

Сходным образом Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА (UNIDROIT) предусматривают освобождение от ответственности неисполнительной стороны в случае непреодолимой силы (форс-мажор) в следующих словах (Статья 7.1.7.):

«Сторона освобождается от ответственности за неисполнение, если она докажет, что неисполнение было вызвано препятствием вне ее контроля и что от нее нельзя было разумно ожидать принятия этого препятствия в расчет при заключении договора либо избежания или преодоления этого препятствия или его последствий».

О разумном предвидении препятствия к исполнению говорят и Принципы Европейского договорного права (ст. 8.108.8):

«Неисполнение одной стороны по договору извинительно, если она докажет, что оно связано с препятствием вне ее контроля и что нельзя было разумно ожидать принятия его во внимание в момент заключения договора, или избежать или преодолеть само препятствие или его последствия».

Составители Европейских принципов договорного права так комментируют предвидимость препятствия. Речь идет о «разумной» предвидимости, т.е. «когда нормальное лицо, поставленное в подобную ситуацию, могло бы предвидеть препятствие без излишнего оптимизма или пессимизма. Так, в некоторых зонах циклоны можно предвидеть в определенное время года, но не в то время, когда их обычно не бывает – такое стороны не могли бы разумно предвидеть» (PECL: 381).

В российском праве вопрос о предвидимости ставится применительно к проблеме изменения и расторжения договора в связи с существенным изменением обстоятельств (абз. 2 п. 1 ст. 451 ГК): «Изменение обстоятельств признается существенным, когда они изменились настолько, что, если бы стороны могли это разумно предвидеть, договор

вообще не был бы ими заключен или был бы заключен на значительно отличающихся условиях».

Одним из требований к обстоятельствам, являющимся основанием для расторжения договора, согласно этой норме, выступает то, что стороны в момент заключения договора исходили из того, что соответствующие обстоятельства являются заведомо непредвидимыми: «в момент заключения договора стороны исходили из того, что такого изменения обстоятельств не произойдет» (подп. 1 п. 2 ст. 451 ГК). При этом российские суды весьма консервативно оценивают обстоятельства, на которые ссылается сторона, добивающаяся расторжения договора. Так, не была признана непредвидимой порочность договора аренды, заключенного обществом, которое выступало продавцом доли в уставном капитале (отказ в расторжении договора купли-продажи доли в уставном капитале – Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 28 февраля 2011 г. по делу № А32-4620/2010). Тот же суд в постановлении от 24 мая 2004 года по делу № А56-21598/03 отказался признать непредвидимым и непреодолимым обстоятельством ликвидацию общества по иску о расторжении договора купли-продажи доли в уставном капитале этого общества, посчитав данное обстоятельство разумно предвидимым, и преодолимым участниками общества «при той степени заботливости и осмотрительности, какая требуется по условиям и характеру оборота». Здесь способность предвидеть изменение обстоятельств рассматривается как субъективный критерий и трактуется против заявителя (*contra proferentem*).

Если принятие во внимание субъективного критерия в вопросе о расторжении договора логично и отвечает идее свободы договора, ориентируя на изучение воли сторон при его заключении, то применительно к проблеме освобождения от ответственности учет субъективного и относительного критерия вменения подчиняет признание форс-мажора решению вопроса о вине неисполнительной стороны. Если форс-мажором признается все, что лежит за пределами вины, специальное определение обстоятельств непреодолимой силы теряет смысл. Напротив, если правопорядок выдвигает самостоятельное определение непреодолимой силы, констатация отсутствия вины еще не означает освобождение от ответственности. Критерий предвидимости получает значение именно в контексте различения субъективного и объективного подхода к форс-мажору.

Критерий непредвидимости был развит в субъективную теорию форс-мажора в рамках канонического права, где вина трактовалась как грех – субъективное упущение, провинность перед богом и людьми [11: 11 sq.]. Это учение восходит к глоссатору XII в. Синибальду де Фьески, который относил к случаю (*casus fortuitus*) все то, что нельзя было предвидеть ни при каких обстоятельствах (*casus enim fortuitus est qui nullatenus potest*

praevideri) [37: 15-16]. Такой взгляд, в свою очередь, зависит от отказа различать несчастный случай (отсутствие вины) и непреодолимую силу. Случай трактуется как основание для освобождения от ответственности, поскольку он происходит независимо от воли человека; тем самым случай – это все то, что приводит к невозможности исполнения, но не зависит от воли должника. Здесь воля является источником ответственности, и освобождение от ответственности выводится из отсутствия воли, неподконтрольности должнику вменяемого события. Сама идея предвидимости оказывается выведенной из определения случая: «Несчастный случай – это то, что нельзя предвидеть» [19: 163 пп. 83]: Petri Excepciones Legum Romanorum, Appendix Prima: Fortuitus casus est cui previderi non potest. Комментируется текст Ульпиана (Ulp.) D. 50, 8, 2, 7).

Совершенно иным путем пошли глоссаторы-цивилисты. Из первоначального многословия, когда различные термины (*vis major*, *casus fortuitus*, *fatum*, *vis fatale*, *vis magna*) были призваны лучше выразить одно и то же понятие, постепенно развилось различие ситуаций, которые, хотя и не зависят от воли должника и тем самым не предполагают его вины, но не относятся к непреодолимой силе. Были выделены обстоятельства, которые лежат за гранью вины (*culpa levissima*), предельной осмотрительности, но не являются *vis maior*. Это область случая (*casus fortuitus*), в его различении с непреодолимой силой. На этой почве развивается учение о договорном риске.

Понятие внешнего препятствия к исполнению исходит из того, что должник не несет ответственности, если неисполнение вызвано причиной вне его контроля и он специально не брал на себя ответственность за такие случаи (гарантии). Тем самым на первый план при оценке оснований для вменения выходит связь между действиями (или бездействием) должника и причиной, ставшей препятствием к исполнению и удовлетворению кредитора. Если событие, ставшее препятствием к исполнению, находилось вне контроля должника, его относят не к сфере ответственности за неисполнение, а к сфере риска. Можно даже сказать, что в этом случае собственно неисполнения не было, так как ситуация складывалась без участия должника.

Объективное (внешнее) препятствие к исполнению становится не столько основанием для освобождения от ответственности, сколько фактором, который переводит весь дискурс в область, отличную от ответственности. Эту сферу обязательственного права, как уже было сказано, принято именовать сферой риска. В ней действуют правила, отличные от договорной ответственности, в том числе правила, которые выходят за рамки проблемы неисполнения.

Подходы к основаниям вменения в их различении с невозможностью исполнения могут отличаться от юрисдикции к юрисдикции и от традиции к традиции. В целом, в современном мире сложились определенные представления о том, что понимать под невозможностью исполнения и в каких случаях она может быть вменена должнику. Наиболее развитое учение о форс-мажоре сложилось во Франции (в этом смысле, форс-мажор – французская доктрина).

Среди внешних препятствий к исполнению выделяют непреодолимую силу (собственно форс-мажор, *force majeure*) и несчастный случай (*fortuitous event, cas fortuit*). Во Франции с 1930 г. суды и доктрина проводят четкое различие между непреодолимой силой и несчастным случаем с одной стороны и внешним событием – с другой [15: 135]. К внешним причинам неисполнения, наряду с форс-мажорными обстоятельствами, относят действия потерпевшей стороны и действия третьих лиц.

Собственно непреодолимой силой считают событие, которое кумулятивно отвечает трем критериям: непредвидимость, непреодолимость и внешний характер [14: 228, nt. 77].

Внешний характер препятствия не следует смешивать с понятием вменения, будто все, что невозможно поставить должнику в вину автоматически относится к обстоятельствам вне контроля должника. Порой должник отвечает даже в том случае, если он никак не мог контролировать ситуацию, так что ответственность приближается к деликтной.

Так, дефекты товара обычно входят в сферу ответственности продавца, лучше сказать, составляют предмет его гарантийных обязательств. Сходным образом, болезнь исполнителя не освобождает его от ответственности автоматически: он должен будет доказать, что он не виноват в наступлении болезни. Известны случаи, когда французский суд отказывался освободить должника от ответственности, несмотря на то, что препятствием к исполнению послужило тюремное заключение (так что ссылка на форс-мажор не допускалась [14: 229]). Суд ссылаясь на то, что внешний характер препятствия к исполнению должен быть «вне личности должника», так что тюремное заключение объективно ставилось в вину должнику. Причиной тюремного заключения признавалось поведение должника. Тем самым вопрос о риске не мог и ставиться [8: п. 67].

Более точным критерием будет *неспособность* должника контролировать или *повлиять* на обстоятельства, ставшие препятствием к исполнению. Так, продавец может контролировать качество товара, поэтому логично, что он

отвечает за дефекты. Исполнитель обязательства, заключающегося в совершении действий (*in faciendo*), отвечает в случае своей болезни или тюремного заключения именно потому, что он мог бы избежать возникновения подобных препятствий к исполнению.

Таким образом, можно провести четкое различие между сферой ответственности и сферой риска, которая обнимает только *случаи вне контроля* должника (внешние обстоятельства), так что *критерий непредвидимости* во многом становится критерием внешнего характера обсуждаемых обстоятельств. Итак, обстоятельствами вне контроля должника и будут непредвидимые и непреодолимые обстоятельства – то, что признается внешним должнику настолько, что он освобождается от ответственности.

Бремя доказывания при этом возлагается на должника. Можно сказать, что должник должен сам обосновать сферу риска (что теряет смысл, если должник взял или признается взявшим на себя гарантии), в рамках которой вопрос об ответственности уже не ставится. Здесь действует весьма строгая презумпция: должник признается ответственным за неисполнение договорного обязательства во всех случаях, если он не докажет, что причиной, исключающей исполнение, было препятствие вне его контроля (непреодолимое обстоятельство)⁸.

Непреодолимый характер препятствия к исполнению получает самостоятельное значение как фактор, исключающий исполнение. Именно непреодолимость определяет наступление невозможности исполнения (а не простого затруднения). При наличии других возможностей исполнения, вопрос о непреодолимой силе не ставится.

В этом смысле непреодолимость – в ее различении с затруднениями – носит абстрактный характер. Этот обобщающий формальный критерий освобождения от ответственности отвлекается от особенностей конкретного исполнителя. То, что для одного составляет, пусть чрезвычайное, но лишь затруднение, не может считаться непреодолимым препятствием для другого (Cass. civ. 1^{re}, 12/07/2001, n.99-18231, Bull. civ. I, n. 216, p. 136). Освобождающим действием наделяется лишь ссылка на такое обстоятельство, которое *объективно непреодолимо для любого лица* (для всех и каждого). Будет ошибочным сказать [8: 57], что суды или доктрина квалифицируют непреодолимость применительно к абстрактному осмотрительному и разумному лицу: напротив, нормативные качества стандартного исполнителя (должника) выводятся из характеристик форс-мажора как освобождающего от ответственности фактора. Форс-

⁸ Доказывая строго внешний характер препятствия (непредвидимость и непреодолимость), должник тем самым снимает вопрос об ответственности за неисполнение, так как переводит ситуацию из сферы неисполнения в сферу риска.

мажорные обстоятельства – это обстоятельства вне контроля должника и чтобы признать их таковыми, качества самого должника нельзя принимать во внимание⁹. Напротив, само выделение сферы риска, сферы, где вопрос об ответственности (и о неисполнении) не ставится, позволяет дать нормативное определение исполнителя – лица, на которого возлагается ответственность за неисполнение во всех остальных случаях. Доказывая непреодолимое обстоятельство, должник ссылается не на то, что он даже при должной осмотрительности и старательности не мог бы произвести исполнение при данных обстоятельствах, а на то, что исполнение стало невозможным для любого лица (объективно).

Положение об абсолютной ответственности, которая управляет самой идеей договорного риска, сложилось в англо-саксонской традиции [64: 21]. Ведущий прецедент – Пэрадайн против Джэйна [Paradine v Jane (1647) Aleyn 26] восходит к 1647 г. [31: 22; 59: 1-31; 31: 3 sqq].

Арендатор фермы пытался найти в суде извинение неуплаты ренты в действиях армии принца Руперта во время гражданской войны, помешавших ему собрать урожай. Он ссылался на то, что принц Руперт был врагом короля, хотя принц приходился ему племянником и успешно командовал его армией [30: 31]; впрочем, в момент суда король сам был пленником Парламента [64: 19 nt. 5]. Поскольку арендодатель не возражал против самого факта военных действий и изгнания арендатора с земли, следует считать, что они имели место. Однако арендатор не подал против военных иск о противоправном лишении владения (*wrongful dispossession*), раз они были подсудны Короне, и в то же время не заявил, что вторжение было осуществлено военным врагом. Отказывая арендатору в защите, суд подчеркнул, что решение было бы тем же самым, если бы это была вражеская армия (*though the whole army had been alien enemies – Aleyn 26 at 27*). Позиция суда основывалась на том, что арендатор самим договором взял на себя риск непреодолимой силы. Современные авторитетные комментаторы выявляют в этом решении два положения, каждое из которых создало далеко идущие прецеденты [64: 20].

Первое положение заключалось в том, что невозможность исполнения, наступившая без вины должника, освобождает его от ответственности: “Where the law creates a duty or charge and the party is disabled to perform it without any default in him, and hath no remedy over, there the law will excuse him. As in the case of waste, if a house be destroyed by tempest or by enemies, the lessee is excused...”. Второе положение создало

⁹ В пандектистике и традиционной немецкой доктрине, нашедшей отражение в норме §275 BGB (1900 г.), указанный критерий непреодолимой силы проявляется в концептуальном противопоставлении объективной невозможности исполнения (*Unmöglichkeit*) субъективной неспособности (*Unvermögen*).

принцип абсолютной ответственности (absolute liability): “But when the party by his own contract creates a duty or charge upon himself, he is bound to make it good, if he may, notwithstanding any accident by inevitable necessity, because he might have provided against it by his contract. And therefore if a lessee covenant to repair a house, though it be burnt by lightning or thrown down by enemies, yet he ought to repair it”.

Здесь содержатся три тезиса. Во-первых, возложение риска на сторону договора должно быть выраженным в специальной оговорке (covenant). В противном случае, если обязанность возлагается на должника по умолчанию (by law), действие непреодолимой силы (accident by inevitable necessity – событие, которого нельзя было избежать, например, удар молнии) освобождает должника от ответственности (обязанности возместить убытки контрагенту) при условии отсутствия вины на его стороне. Во-вторых, принимая на себя выраженную обязанность исполнения, должник отказывается от защиты, предоставляемой ему правом на случай действия непреодолимой силы. Здесь обязанности, вытекающей из договора, противопоставляется обязанность, прямо выраженная в тексте договора. Если право, управляющее обязательством данного типа (договорным или недоговорным), сообщает обязанности определенную гибкость, ставя наступление ответственности в зависимость от действий должника, то оговорка, выраженная в договоре, отменяет правовой принцип, устанавливая безусловную обязанность, ведущую к абсолютной ответственности. В этом случае вопрос вины снимается полностью, поскольку наступление ответственности зависит от объективного факта неисполнения, который не связывается с поведением должника. Можно взять на себя ответственность за то, что завтра пойдет дождь. Перед нами – гарантийное обязательство, превращающее объективные факты в неопровержимые (абсолютные) условия наступления ответственности должника. Такая степень объективизации возможных будущих событий (вообще фактических обстоятельств) полностью исключает личность должника из отношения по исполнению, низводя ее до субъекта ответственности. Ответственность совершенно оторвана от исполнения (неисполнения) и выступает как следствие ненаступления определенного факта, взятого вне договорных отношений. Собственно договор как источник обязательства – отношения, устанавливающего определенность требований кредитора, соответствующих формально определенным обязанностям должника, – здесь подменен выраженным отказом от определенности обязанностей по

исполнению в пользу фиксации объективного факта, вызывающего наступление ответственности – обязанности уплатить кредитору денежную компенсацию¹⁰.

В-третьих, должник, принимающий на себя гарантийное обязательство, может в той же оговорке сложить с себя ответственность на случай действия непреодолимой силы, то есть перевести абсолютную ответственность в относительную и вернуться в сферу собственно правового регулирования, нормального распределения рисков.

Обращает на себя внимание крайний формализм данного подхода к вопросу о распределении рисков: результат определяется словами, представленными в тексте договора. Такая зависимость по существу отрицает идею договора. Права и обязанности сторон определяются не согласованной волей, а буквальным значением текста, который – с точки зрения возможностей договорного типа – представляет собой случайность. Возможность вернуться к естественным предписаниям договорного типа (*naturalia negotii* в европейской правовой традиции) убедительно показывает, насколько несправедливо такое толкование договора, когда юридическая композиция отношения зависит от осмотристельности сторон при составлении текста. Воля на договор оказывается игрушкой в руках более подготовленного технически контрагента, тогда как происхождение слов текста договора отрывается от подлинного интереса волеизъявителя, а его внимание должно быть сосредоточено не на нормативных следствиях воли, а на формальной логике текста договора.

Сказанное дополняет следующий анализ интерпретаций прецедента *Paradine v Jane* в английской судебной практике и доктрине. Предметом иска арендодателя было взыскание арендной платы, тогда как *dictum* суда касался абсолютной ответственности за сохранность арендованных или полученных во временное держание (*bailment*) вещей. В действительности арендатор мог требовать от арендодателя обеспечения беспрепятственного доступа к участку, так что негативное воздействие военных действий в эпоху гражданской войны должно было создавать препятствие вне контроля по отношению к арендодателю, а не к арендатору. На иск об уплате арендной плате арендатор мог бы выставить возражение (эксцепцию) о том, что арендодатель не исполнил собственное обязательство по договору. Дело в том, что английский арендатор – по умолчанию – наделяется правом устранять нарушителей и тем самым лишается права возлагать ответственность за вторжение на арендодателя. Собственно безвиновная ответственность арендатора и строится на этом праве устранения постороннего

¹⁰ Вопрос о природе компенсации и содержании потерь кредитора от неосуществившихся ожиданий требует специального изложения. Здесь отметим, что этот вопрос в контексте абсолютной ответственности предполагает привлечение внешних для формального правоотношения факторов, таких как интерес.

вмешательства. Поэтому арендатор, допустивший вторжение, оказывается безусловно ответственным и за неисполнение, хотя бы его причина и не была связана с его виной. Если бы факт вмешательства затрагивал сферу арендодателя, то по словам суда, распределение риска было бы естественным – как созданным правом (*as created by law*). В этом случае действовала бы ссылка на отсутствие вины, поскольку препятствие было вне контроля человека. Результатом была бы ответственность арендатора за невнесение ренты. Обязанность лорда по обеспечению арендатора от вторжений – в силу самого права – относится к действиям лорда и зависимых от него лиц [28: Para A, 1770 – 1780]. В данном случае речь шла о вооруженной армии, так что вторжение представляло собой действие непреодолимой силы и не могло служить основанием для встречного требования арендатора к лорду.

Напротив, воздействие вне сферы контроля, которое создало препятствие для обработки участка, никоим образом не освобождает арендатора от его обязательств по уплате арендной платы. Эта позиция и выражена в решении суда. С этой точки зрения риск действия непреодолимой силы возлагается на арендатора. Вопрос о возмещении возможных разрушений, восстановлении участка и построек в первоначальное состояние – что также входит в сферу ответственности арендатора (в отсутствие специальных оговорок, которые бы, однако, выходили за рамки принятого при договорах аренды)¹¹ – не был предметом иска, поэтому ссылки суда на такие примеры, как удар молнии по взятой в суду лошади или по дому, который подрядился отремонтировать должник, – должна пониматься не как указание на невозможность исполнения (которая в отношении денег исключена), а как попытка выразить идею абсолютной ответственности. Арендатор в любом случае несет ответственность за уплату ренты, даже если встречное предоставление – свободное использование участка – оказалось недоступным под действием непреодолимой силы¹². В этом смысле два встречных обязательства – арендатора и арендодателя – выступают как независимые, не обусловленные друг другом [28: Para. 17-09]. Само по себе наличие встречного требования не означает освобождения от ответственности за неисполнение собственного обязательства. Более того, если арендодатель взял на себя ответственность за сохранность построек на участке, а после их гибели получил страховку, но так и не восстановил постройки, арендатор все равно остается обязанным вносить арендную плату (*Belfour v Weston* (1786) 1 T.R. 310 at 312; *Lofft v Dennis* (1859) 1 E. & E. 474). Если арендатор в специальной оговорке слагал с себя

¹¹ См. анализ термина “repair” в работе: [64: 23].

¹² Надо отметить, что примеры суда бьют мимо цели в том отношении, что они не касаются случаев отсутствия встречного предоставления, но лишь рисуют ситуации действия непреодолимой силы, исключающего исполнение со стороны ответчика.

ответственность за повреждение или уничтожение строений на участке (под действием непреодолимой силы), он все равно оставался обязанным к уплате ренты, даже если строения были разрушены (Monk v Cooper (1727) 2 *ld. Raym.* 1477; Belfour v Weston (1786) 1 T.R. 310).

Независимость встречных обязательств объясняется тем, что их источником выступают особые оговорки (covenants), а не собственно договор, когда права и обязанности сторон возникают из общих норм права. Таким образом, именно порядок оформления воли сторон и их согласия на договор оказывается причиной нарушения справедливости: отношением сторон управляет не право, а включенные в текст договора специальные обещания. Представления о том, что нормы договорного типа имеют преимущество или способность подстраивать обещания сторон под требования договорного типа, английскому общему праву чужды. Можно сказать, что в этой группе прецедентов мы имеем дело не с договорным правом, а с правом обещаний, порождающих абсолютную ответственность, независимо от действующего нормативного контекста договорного типа.

В современных правовых системах повсеместно утвердилась концепция вины должника как основания ответственности за неисполнение. Даже там, где как в общем (англо-американском) праве, неисполнение признается основанием для ответственности независимо от вины, проводится четкое различие между тем, зависит ли неисполнение от должника или нет. Понятие внешнего препятствия к исполнению исходит из того, что должник не несет ответственности, если неисполнение вызвано причиной вне его контроля и он специально не брал на себя ответственность за такие случаи (гарантии). Тем самым на первый план при оценке оснований для вменения выходит связь между действиями (или бездействием) должника и причиной, ставшей препятствием к исполнению и удовлетворению кредитора. Если событие, ставшее препятствием к исполнению, находилось вне контроля должника, его относят не к сфере ответственности за неисполнение, а к сфере риска. Можно даже сказать, что в этом случае собственно неисполнения не было, так как ситуация складывалась без участия должника.

Объективное (внешнее) препятствие к исполнению становится не столько основанием для освобождения от ответственности, сколько фактором, который переводит весь дискурс в область, отличную от ответственности. Эту сферу обязательственного права, как уже было сказано, принято именовать сферой риска. В ней действуют правила, отличные от договорной ответственности, в том числе правила, которые выходят за рамки проблемы неисполнения [14: 135].

Подходы к основаниям вменения в их различении с невозможностью исполнения могут отличаться от юрисдикции к юрисдикции и от традиции к традиции. В целом, в современном мире сложились определенные представления о том, что понимать под невозможностью исполнения и в каких случаях она может быть вменена должнику.

При оценке обстоятельств, которые могут считаться освобождающими от ответственности, различают (1) их влияние на (не)исполнение и (2) их непредвидимость.

Среди внешних препятствий к исполнению выделяют непреодолимую силу (собственно форс-мажор, *force majeure*) и несчастный случай (*fortuitous event, cas fortuit*).

Во Франции с 1930 г. суды и доктрина проводят четкое различие между непреодолимой силой и несчастным случаем с одной стороны и внешним событием – с другой. К внешним причинам неисполнения, наряду с форс-мажорными обстоятельствами, относят действия потерпевшей стороны и действия третьих лиц.

Собственно непреодолимой силой считают событие, которое кумулятивно отвечает трем критериям: непредвидимость, непреодолимость и внешний характер [15: 228, nt. 77].

Внешний характер препятствия не следует смешивать с понятием вменения (*imputability*), будто все, что невозможно поставить должнику в вину автоматически относится к обстоятельствам вне контроля должника. Порой должник отвечает даже в том случае, если он никак не мог контролировать ситуацию, так что ответственность приближается к деликтной [8: п. 67].

Так, дефекты товара обычно входят в сферу ответственности продавца, лучше сказать, составляют предмет его гарантийных обязательств. Сходным образом, болезнь исполнителя не освобождает его от ответственности автоматически: он должен будет доказать, что он не виноват в наступлении болезни. Известны случаи, когда французский суд отказывался освободить должника от ответственности, несмотря на то, что препятствием к исполнению послужило тюремное заключение (так что ссылка на форс-мажор не допускалась [15: 229]). Суд ссылаясь на то, что внешний характер

препятствия к исполнению должен быть «вне личности должника», так что тюремное заключение объективно ставилось в вину должнику¹³.

Более точным критерием будет *неспособность* должника контролировать или *повлиять* на обстоятельства, ставшие препятствием к исполнению. Так, продавец может контролировать качество товара, поэтому логично, что он отвечает за дефекты. Исполнитель обязательства, заключающегося в совершении действий (*in faciendo*), отвечает в случае своей болезни или тюремного заключения именно потому, что он мог бы избежать возникновения подобных препятствий к исполнению.

Таким образом, можно провести четкое различие между сферой ответственности и сферой риска, которая обнимает только *случаи вне контроля* должника (внешние обстоятельства), так что *критерий непреодолимости* во многом становится критерием внешнего характера обсуждаемых обстоятельств. Итак, обстоятельствами вне контроля должника и будут непредвидимые и непреодолимые обстоятельства – то, что признается внешним должнику настолько, что он освобождается от ответственности.

Бремя доказывания при этом возлагается на должника. Можно сказать, что должник должен сам обосновать сферу риска (что теряет смысл, если должник взял или признается взявшим на себя гарантии), в рамках которой вопрос об ответственности уже не ставится. Здесь действует весьма строгая презумпция: должник признается ответственным за неисполнение договорного обязательства во всех случаях, если он не докажет, что причиной, исключающей исполнение, было препятствие вне его контроля (непреодолимое обстоятельство)¹⁴.

Непреодолимый характер препятствия к исполнению получает самостоятельное значение как фактор, исключающий исполнение. Именно непреодолимость определяет наступление невозможности исполнения (а не простого затруднения). При наличии других возможностей исполнения, вопрос о непреодолимой силе не ставится.

Форс-мажора нет и в том случае, если препятствие носит временный характер и кредитор (в соответствии с собственными интересами и содержанием обязательства) готов ждать, когда исполнение станет вновь возможным. В этом смысле ссылка на непреодолимую силу предполагает окончательную

¹³ Причиной тюремного заключения признавалось поведение должника. Тем самым вопрос о риске не мог и ставиться.

¹⁴ Доказывая строго внешний характер препятствия (непреодолимость), должник тем самым снимает вопрос об ответственности за неисполнение, так как переводит ситуацию из сферы неисполнения в сферу риска.

невозможность реального исполнения (что и понятно – раз вопрос об ответственности ставится именно в ситуации неисполнения).

В этом смысле непреодолимость – в ее различении с затруднениями – носит абстрактный характер. Этот обобщающий формальный критерий освобождения от ответственности отвлекается от особенностей конкретного исполнителя. То, что для одного составляет, пусть чрезвычайное, но лишь затруднение, не может считаться непреодолимым препятствием для другого (Cass. civ. 1^{re}, 12/07/2001, n.99-18231, Bull. civ. I, n. 216, p. 136). Освобождающим действием наделяется лишь ссылка на такое обстоятельство, которое *объективно непреодолимо для любого лица* (для всех и каждого). Будет ошибочным сказать¹⁵, что суды или доктрина квалифицируют непреодолимость применительно к абстрактному осмотрительному и разумному лицу: напротив, нормативные качества стандартного исполнителя (должника) выводятся из характеристик форс-мажора как освобождающего от ответственности фактора. Форс-мажорные обстоятельства – это обстоятельства вне контроля должника и чтобы признать их таковыми, качества самого должника нельзя принимать во внимание. Напротив, само выделение сферы риска, сферы, где вопрос об ответственности (и о неисполнении) не ставится, позволяет дать нормативное определение исполнителя – лица, на которого возлагается ответственность за неисполнение во всех остальных случаях. Доказывая непреодолимое обстоятельство, должник ссылается не на то, что он даже при должной осмотрительности и старательности не мог бы произвести исполнение при данных обстоятельствах, а на то, что исполнение стало невозможным для любого лица (объективно). Иными словами, при оценке обстоятельств непреодолимой силы способности и возможности должника во внимание не принимаются.

В пандектистике и традиционной немецкой доктрине, нашедшей отражение в норме §275 BGB (1900 г.), указанный критерий непреодолимой силы проявляется в концептуальном противопоставлении объективной невозможности исполнения (Unmöglichkeit) субъективной неспособности (Unvermögen).

4 Восстановление справедливости при существенном изменении обстоятельств

Учение о существенном изменении обстоятельств восходит к каноническому праву и постглоссаторам XIV в. Опираясь на тексты римских юристов и философов, а также на

¹⁵ Как это делают, например в работе [8: п. 51].

слова блаженного Августина, вошедшие в Кодекс канонического права (*Decretum Gratiani, Secunda pars, Causa XXII, Quest. 2, с. 14*), средневековые юристы сделали эту доктрину универсальной [48: 267]. Смысл учения заключался в том, что лицо, принимающее на себя обязательство, исходит из того, что обстоятельства, при которых оно было заключено, останутся неизменными в дальнейшем. Оговорка о неизменности обстоятельств (*clausula rebus sic stantibus*) считалась молчаливо включенной в любое волеизъявление. Это означает, что изменение обстоятельств позволяет сложить с себя обязательство. Изменение должно быть таким, что если бы обязанное лицо могло его предвидеть, оно бы не заключило обязательство вовсе или заключило бы его на других условиях. Если нарушение собственного обещания и отступление от договора представлялось грехом (*mendacium*), то в изменившихся обстоятельствах отказ от обязательства оправдывал сам Фома Аквинский (*Summa Theologiae IIa IIae, Q. 110, art.3*). В трудах Бартола и Бальда, Альциата и дель Майно самое широкое действие оговорки получило поддержку и оправдание. В дальнейшем (XVI-XVII вв.) гуманистами и теоретиками естественного права (прежде всего Гуго Гроция – *De iure belli ac pacis libri tres, 25,2*) были выработаны и определенные уточнения и ограничения: оговорка признавалась применимой только в тех случаях, когда изменения затрагивали основу договора, сущность сделки (*substantiam negotii*) [55: 102 sqq; 44: 171 sqq].

Учение о существенном изменении обстоятельств было кодифицировано в ряде европейских гражданских кодексов XVIII в., опирающихся на методологию естественного права. Баварское Земское уложение (*Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis*) 1756 г. считает оговорку о неизменных обстоятельствах молчаливо включенной в любое обязательство (IV, 15, 12) и признает изменение обстоятельств существенным для расторжения или изменения договора для восстановления его соответствия наступившим изменениям (*Proportion der Veränderung gemässigt*). Изменение обстоятельств должно отвечать ряду критериев: оно не должно быть следствием вины должника или наступить после просрочки, его должно быть не просто предвидеть, а должник, действуя добросовестно, не взял бы на себя обязательство, если бы знал о препятствии к исполнению в момент заключения договора [33: 43].

Прусское земское уложение (*Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten*) 1794 г. содержало специальную статью (§ 378 I 5 ALR), согласно которой непредвиденное изменение обстоятельств, которое делает невозможным достижение конечной цели (*Endzweck*), выраженной в договоре или следующей из природы сделки, позволяет любой из сторон отойти от договора. Это положение убедительно согласовывает само существование договора определенного типа с известными при его заключении внешними

обстоятельствами, обуславливающими достижение основной цели: если договор данного типа, со свойственным ему распределением рисков, не может быть реализован в новых обстоятельствах, он не может связывать стороны. В случае же если риск изменения обстоятельств возлагался по договору на одну из сторон, она должна была выплатить возмещение (*Entschädigung*). В Австрийском гражданском кодексе 1811 г. институт представлен лишь применительно к предварительным договорам, допуская отказ от заключения основного договора вследствие изменения обстоятельств (§ 936).

К концу XVIII в. лишь некоторые авторы придерживались учения об оговорке о неизменности обстоятельств, наделяя ее самым широким действием (Пуффендорф, Лейзер), тогда как общее внимание концентрируется на выделении существенных элементов договора, отпадение которых только и может оправдывать его расторжение (Кокцей, Эберхард, Вебер). Такая переориентация означала переход от субъективного консенсуализма к объективному нормативизму [47: 51 sqq; 44: 29 sqq]. Во Франции Ж. Дома указывал, что соглашения обязывают стороны не только к тому, что выражено в договоре, но и ко всему тому, что требует природа соглашения, ко всем тем следствиям, которое оказывают на соглашение справедливость, закон и обычаи. Естественная справедливость обязывает стороны проявлять заботу об общем деле и действовать в исполнение договора добросовестно, так чтобы интересы одной стороны не удовлетворялись в ущерб другой.

В Кодексе Наполеона положение о договоре как законе для сторон (art. 1134 (1)), восходящее к учению Потье, дополнялось требованием исполнения договора по доброй совести (art. 1134 (3)) и указанием на необходимость учета справедливости, обычаев, положений закона и природы договора при определении содержания договора (art. 1135). В первой половине XIX в. эти статьи Кодекса Наполеона понимались в нерасторжимом единстве: при толковании договора – закона для сторон – суд обязан руководствоваться не только его текстом, но и внешними источниками: справедливостью, обыкновениями, сложившимися в практике данного типа отношений, и теми положениями, которые естественным образом входят в содержание договора, составляя неотъемлемые свойства договорного типа – *naturalia negotii* [6: 158 sqq].

Согласно Тулье [63: 310 sqq], содержание договора следует не из названия, которое ему дали стороны, а из целей, которые они преследовали; поэтому подразумеваемые источники содержания договора имеют равную силу с теми, что были в нем выражены: все подчинено природе договора данного типа. Если стороны прямо не исключили естественные элементы договора из соглашения, то они должны получить действие, определяя права и обязанности, вытекающие из договора.

Маркаде [38: 386] наделил требование исполнения договоров по доброй совести тем смыслом, что Кодекс Наполеона порывает с римским делением договоров на договоры по доброй совести (*bonae fidei*) и по строгому праву (*stricti iuris*), и отныне все договоры признаются договорами по доброй совести. Это означает, что соглашения не должны следовать только положениям закона, которые нередко идут против требований справедливости, и содержание договора должно устанавливаться, исходя из примата доброй совести, которая входит в структуру любого договора и управляет его типом. Для Маркаде положение ст. 1135 уточняет положение ст. 1134: требования справедливости, обычаев и закона входят в содержание договора, имплицированы в нем, даже если они не выражены; это то, чего стороны в любом случае желали, поскольку в противном случае они бы прямо указали на неприменимость тех или иных требований к их соглашению. Судья обязан выносить решение, следуя не строгому праву и тексту договора, а более широкой справедливости – *ex bono et aequo*.

С середины XIX в. доктрина и суды стали придавать ведущее значение ч. 1 ст. 1134 и отстаивать неприкосновенность договора, его буквальный смысл, вопреки требованиям справедливости или ссылкам на непредвидимость (*imprévision*) обстоятельств, затрагивающих существенные элементы сделки. В Германии доктрина также отказалась от учения о неизменности обстоятельств в его классическом виде [33: 62 sq], но оно продолжало жить в теории Виндшайда о субъективных предпосылках волеизъявления [69].

Теория Б. Виндшайда нацелена на интегрирование субъективного волеизъявления в правовую систему. Тщательный анализ индивидуальных побуждений, побуждающих лицо к заключению договора, исследование критериев, определяющих стабильность договорного отношения и его независимость от произвола сторон, выявляет значение интересов, которые не были прямо выражены при заключении договора и не связаны непосредственно с его функцией, но все же заслуживают защиты. Предположение (*Voraussetzung*), которое побуждает лицо к заключению договора (*Beweggrund*), выступает определяющим соображением (*Bestimmungsgrund*) волеизъявления, но не простым мотивом, а существенным фактором, достигающим значения ограничения воли: в наличии предполагаемых фактов заключается легитимирующее основание (*Rechtfertigungsgrund*) той выгоды, которая связана с волеизъявлением. Предположение выступает концептуальным основанием для института неосновательного обогащения: если предпосылка волеизъявления отсутствует, вопреки ожиданиям, или не подтверждается, возникает кондикционный иск об отпадении основания, об исполнении недолжного и в целом – об отсутствии основания (*condictio sine causa*). Подмена объективной цели

договора субъективистским и волюнтаристским предположением определила критику теории Виндшайда и ее исключение из окончательного текста Германского гражданского уложения 1900 г. [59: 19 sqq].

Изменение консервативного подхода французских судов к вопросу адаптации договора связывают с решением Государственного Совета по делу «Газ Бордо» в 1916 г. (Conceil d'Etat 30 Mars 1916, Gaz de Bordeaux, Dalloz 1916.3.25). Компания, которая обязалась в 1904 г. снабжать город Бордо газом и электричеством в течение 30 лет, оказалась в критическом положении с повышением цен на уголь с 28 до 117 франков после начала Первой мировой войны. Административный суд первой инстанции отказал в пересмотре договора, а Государственный Совет как высшая инстанция по административным делам, найдя экономическую сторону договора совершенно изменившейся, решил, что компания имеет право на компенсацию потерь от потребителя, и высказался за адаптацию договора [48: 71]. Консервативный подход гражданских судов Франции к пересмотру договора вследствие непредвиденного изменения обстоятельств, который до настоящего времени опирался на отсутствие такой возможности по закону, стал одной из побудительных причин внесения соответствующих изменений в Гражданский Кодекс, которые вступили в силу с 1 октября 2016 г.

Гиперинфляция, вызванная Первой мировой войной, обострив вопрос о влиянии непредвиденного изменения обстоятельств на договор, стимулировала соответствующее законодательство в ряде стран. В Италии закон, допускавший изменение договора по суду и налагавший на стороны обязанность перезаключить договор на новых условиях, действовал с 1915 по 1920 г. (Decreto legislativo luogotenenziale, 20.06.1915, n. 890). Во Франции закон Файо (loi Failliot) от 21 января 1921 г. наделил суды властью расторгать или приостанавливать договоры, заключенные до войны, исполнение по которым приводило к затратам, которые далеко выходили за пределы, которые стороны могли разумно предусмотреть при заключении договора. Суд получал также право обязать стороны перезаключить договор на новых условиях. Сходное законодательство последовало после Второй мировой войны [48: 105].

К началу XX в. в Германии также возобладало консервативное отношение к договору. Изменение позиции Имперского суда, вынужденного реагировать на гиперинфляцию после окончания Первой мировой войны, нашло доктринальное основание к теории Пауля Эртманна об отпадении основания сделки [65: 369]. Эртманн [43: 37-38] определяет основание договора как разделяемое сторонами представление о цели и функции сделки, которое сопровождается допущением, что определенные

обстоятельства, которые они рассматривали как существенные при заключении договора, останутся неизменными на весь период его действия.

Теория основания сделки, опираясь на разделяемые сторонами представления о целях и содержании договора, оказывается неприменима к таким вызовам, как существенное изменение обстоятельств, поскольку эта проблема не решаема в субъективном ключе: если стороны исходили из неизменности обстоятельств, от них нельзя и требовать, чтобы они делали какие-либо допущения на будущее. Эти слабости, унаследованные от учения о неизменности обстоятельств (*clausula rebus sic stantibus*), направляют немецкую доктрину на приведение критериев непредвидимого и непредвиденного в зависимость от объективного основания договора [35: 320 sq, 324 sq.; 21: 495 sqq; 507 sq]. Тем самым в условиях изменившихся обстоятельств получают значение критерии нарушения эквивалентности (*Aequivalenzstörung*) и отпадения цели договора (*Zweckvereitelung*). Только с выходом за рамки типичных рисков, распределенных между сторонами в соответствии с типом договора и общими принципами права, изменение обстоятельств признается существенным и требует соответствующего внесения изменений в договор [17]. Решение адаптировать договор, а не расторгать его также указывает на стремление восстановить нарушенный баланс интересов, зависимый от объективной цели договора и нормативных определений договорного типа. При этом ведущей нормой, легитимирующей и стимулирующей пересмотр условий договора, долгое время выступал § 242 о добросовестном исполнении обязательств [61: 149 sqq.; 27: 93]. В ходе реформы обязательственного права Германии в 2000-2002 гг. доктрина основания договора была кодифицирована в § 313 ГГУ («Отпадение основания договора»). В этом же параграфе (п. 2) получило признание и учение Виндшайда о существенном предположении, ложность которого сказывается на действительности договора так же, как и существенное изменение обстоятельств, ведущее к отпадению основания.

В Италии с принятием ИГК 1942 г. проблема непредвиденного изменения обстоятельств была урегулирована в специальном разделе Кодекса из трех статей (ст.ст. 1467-1469). Законодатель допускал возможность изменения договора судом по специальному встречному предложению ответчика в ответ на требование истца о расторжении договора вследствие существенного изменения обстоятельств. Существенным признавалось такое изменение обстоятельств, которое было непредвидимым для сторон и не относилось к нормальному распределению рисков между сторонами (*alea normale del contratto*). Последний критерий позволяет уверенно отличать регулирование существенного изменения обстоятельств итальянским законодателем от

волюнтаристской доктрины *rebus sic stantibus*, к которой нередко сводят значение ст. 1467 ИГК¹⁶.

Обычный договорный риск – это риск, который связан с типом договора, риск, который имплицитно принимает на себя каждая сторона, заключая договор [22: 8]. Любое изменение обстоятельств способно нарушить баланс между ожиданиями стороны, связанными с договором, и ее собственным предоставлением. Если такое нарушение эквивалентности не затрагивает существо договора, правопорядок его допускает, создавая определенную «зону терпимости, иммунитета» по отношению к дисбалансам. Терпимость варьируется в зависимости от типа договора, но подчиняется единому принципу защиты существенных элементов договора: до тех пор пока внешний вызов не затрагивает каузу договора, правопорядок не усматривает в создавшемся дисбалансе весомой причины для вмешательства. Только в случае, когда нормы, регулирующие договор данного вида, и само соглашение сторон не позволяют возложить последствия существенного изменения обстоятельств, затрудняющие или делающие невозможным достижение цели договора, так что ситуация выходит за рамки нормальной договорной ответственности, – суд прибегает к расторжению или изменению договора.

Необходимость изменения договора связана с тем, что непредвидимое и непреодолимое изменение обстоятельств нарушает эквивалентность и соразмерность обязательств, создает чрезмерную обременительность исполнения для одной из сторон, которая противоречит принципам справедливости и добросовестности. В этих условиях с целью восстановления нормальной (предусмотренной самим договором) соразмерности предоставлений – восстановления справедливости (*reductio ad aequitatem*) – суд, исполняя свою обязанность (*officium iudicis*), должен вмешаться. Это вмешательство отвечает интегративной функции права и поэтому должно производиться в рамках и с учетом требований правовой системы в целом: и норм, регулирующих данный вид договора, и норм общей части, и общих принципов права – добросовестности, разумности и справедливости.

В качестве основного начала, управляющего договором, возможность пересмотра договорных условий вследствие существенного изменения обстоятельств предусмотрена в Принципах международных коммерческих договоров УНИДРУА (*Principles of International Commercial Contracts UNIDROIT* – 6.2.3), Принципах европейского договорного права (*Principles of European Contract Law – PECL*), разработанных комиссией

¹⁶ В сравнительно-правовой перспективе отмечается [56: 695], что в тех странах, где нет статьи, подобной 1467 ИГК, проблема регулируется со ссылкой на неопределенность договора или на добрую совесть со сходным результатом.

О. Ландо (6:111) и Проекте общей системы координат европейского права (Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of References (DCFR) – 1:110). Во всех этих авторитетных наднациональных проектах унификации договорного права изменение договора судом обусловлено недостижением сторонами соглашения по новым условиям. Принципы европейского договорного права и Проект общей системы координат предпочитают расторжению договора его изменение.

Прогресс в понимании интегративной роли суда как необходимого фактора восстановления эквивалентности договора демонстрирует сопоставление сравнительно-правовых обзоров, сопровождающих наиболее авторитетные унификационные проекты европейского договорного права последних лет. Если PECL в 2000 г. причисляет к странам, в которых утвердился принцип модификации договора к изменившимся обстоятельствам, Германию, Австрию, Италию, Нидерланды, Данию, Швецию, Финляндию, усматривая заметные колебания судов в данном вопросе в Испании и Швейцарии, а Францию и Бельгию относя, как и Англию и Уэльс, к тем странам, где суды отказывают в модификации договора, несмотря на непредвиденное существенное изменение обстоятельств, – то в проекте DCFR 2008 г. к странам, где распространена практика изменения договора, помимо Германии, Италии, Нидерландов, Австрии и Скандинавских стран, причислены также Греция (ст. 388 ГК), Португалия (ст. 437 ГК), Польша (ст. 357 ГК) и Словения, Эстония и Венгрия (ст. 247 ГК). В Чехии (ст. 575 ГК) и Словакии (ст. 575 ГК) изменение обстоятельств не считается фактором, затрагивающим действительность договора, и только при наступлении невозможности исполнения допускается прекращение договора или изменение размера ответственности (но не пересмотр обязательств). Эти две страны, наряду со странами общего права, составляют немногочисленные исключения из ставшего общеевропейским порядка пересмотра условий договора с целью восстановления эквивалентности и поддержания предусмотренного сторонами баланса интересов.

Следует отметить, что и в английском праве известны показательные судебные решения, которые обязывали стороны долгосрочного договора договориться о новых условиях, отвечающих изменившимся обстоятельствам (*Staffordshire Area Health Authority v. Staffordshire Staffs Waterworks Co* [1978]) или освобождали сторону, для которой исполнение обязательства более не отвечало общей цели договора, от ее обязанностей (*Krell v. Henry* [1903] 2 KB 740 (C.A.)).

Необходимость поддерживать равноценность предоставлений вытекает из принципа добросовестности, не допускающего извлечение выгоды из своего недобросовестного поведения (п. 4 ст. 1 ГК РФ). В синаллагматических договорах

повышение цены одного предоставления должно сопровождаться переоценкой встречного предоставления, когда сохранение экономически повышенных затрат представлялось бы чрезмерным.

С точки зрения освобождения должника от договорного обязательства изменение обстоятельств должно достигать степени, достаточной для постановки вопроса об обоснованности требования кредитора и продолжения существования всего правоотношения. В противном случае, речь идет лишь о просрочке, которая может привести к прекращению обязательства и переходу его в ответственность с утратой кредитором интереса в исполнении, когда во внимание принимается такой фактор, как воля кредитора. Освобождение помимо воли кредитора и даже вопреки ей возможно только тогда, когда сохранение обязательства должника в силе противоречит нормам договорного права и общим принципам добросовестности, разумности и справедливости (п.п. 3 и 4 ст. 1; п. 2 ст. 6 ГК РФ). В ситуации, отличной от невозможности исполнения, именно общие принципы блокируют требование кредитора об исполнении. Таким образом, если изменение обстоятельств не создает невозможности исполнения или не влечет за собой утрату кредитором интереса к исполнению, требование об исполнении или возложении на должника ответственности за неисполнение опровергается именно ссылкой на добросовестность. Такая ситуация возникает тогда, когда изменение обстоятельств нарушает соразмерность взаимных обязательств в такой мере, что настаивать на полном исполнении обязательства в соответствии с условиями договора означает действовать несправедливо.

Должник свободен от обязанности не только в ситуации невозможности исполнения, но тогда, когда истребовать исполнение не позволяет принцип добросовестности [2: 338, 354, 375]. Следует принимать во внимание два параметра: существо договора данного вида и экономическую ценность предоставлений, исходя из рыночных цен, которые также должны рассчитываться не абстрактно, а в соотношении договорных обязанностей, формирующих данное правоотношение.

Нормативным основанием обязанности сторон к исправлению договора и адаптации его условий к изменившимся обстоятельствам выступает принцип добросовестности, понимаемый как интегративное начало, как общее руководство по установлению содержания взаимных обязательств [56: 402]. Прежде всего, обязанность сторон вступить в новые переговоры в случае, если непредвидимое изменение обстоятельств вне контроля сторон делает невозможным или чрезмерно затруднительным исполнение обязанности первоначально взятой на себя стороной по договору (*hardship*) и нарушает экономическую композицию договора, признается в отношении долгосрочных

договоров, когда расторжение не является желательным средством защиты, а интересам сторон более соответствует приспособление взаимных обязательств к изменившимся обстоятельствам и восстановление эквивалентности взаимных обязательств [36: 16 sq, 19, 76 sq, 103 sq, 232].

Для долгосрочных договоров опасность существенного изменения обстоятельств представляет перманентную угрозу, которая не может быть устранена включением в договор соответствующих условий, предусматривающих его приспособление к новым обстоятельствам, из-за чрезмерно высоких транзакционных издержек. Напротив, сама сущность долгосрочных договоров предполагает более интенсивное сотрудничество сторон, усиление в них начала солидарности, взаимности, общности интересов. В этот же ряд принцип добросовестности ставит естественную обязанность сторон долгосрочных договоров к поиску компромисса, постоянной адаптации договора к конъюнктуре рынка и меняющимся условиям ведения бизнеса и достижению соглашения с целью сохранить взаимовыгодные отношения в условиях изменившихся обстоятельств, обеспечить воспроизведение баланса интересов, достигнутого в первоначальном договоре, и утвердить стабильность деловых связей как важнейший фактор успешного развития своего бизнеса.

В решении Кассационного суда Италии от 20 апреля 1994 г., ограничивавшем права сторон с целью восстановления разумного размера арендной платы (Cass., п. 3775, Foro italiano, 1995, I, 1296) добросовестность по юридической силе была названа *общепризнанным источником права* (regula iuris), принципом, который, управляя конкретным правоотношением, «интегративно определяет содержание и юридический эффект договора и управляет его толкованием и исполнением».

В ГК Нидерландов (art. 6:258 BW) добросовестность позволяет изменение договора: потерпевшая сторона может требовать изменения или прекращения договора полностью или частично вследствие непредвиденного изменения обстоятельств такого рода, что в соответствии с критериями разумного и справедливого другая сторона не может полагаться на неизменность договора [29: 264].

В российском праве применительно к отдельным договорам допускается изменение и пересмотр условий и только во вторую очередь – расторжение (ст.ст. 546; 614; 619 и 620; 767; 893; 1036 и 1037 ГК РФ), тогда как ст. 451 общей части ГК допускает изменение договора только в контексте расторжения, «если расторжение договора противоречит общественным интересам либо повлечет для сторон ущерб, значительно превышающий затраты, необходимые для исполнения договора на измененных судом условиях» (п. 4 ст. 451 ГК РФ), что рассматривается как исключительный случай. Должник, по сути,

вынужден отказываться от ссылки на изменение обстоятельств, поскольку она угрожает ему расторжением договора, что нередко совершенно неприемлемо для стороны долгосрочного договора, расторжение которого может нанести ей неприемлемый ущерб, связанный с нарушением коммерческих связей и грозит подорвать текущий бизнес. Такое положение не стимулирует инвестиции и лишает смысла долгосрочные проекты.

Говоря об исключительности изменения договора по отношению к расторжению, законодатель не ранжирует методы реагирования на существенное изменение обстоятельств, но указывает, что изменение договора возможно только в контексте признания наличия оснований для его расторжения. Положение об исключительном характере изменения договора по отношению к расторжению следует понимать с учетом общей обязанности к перезаключению договора, которая предусматривается в п. 2 ст. 451: «Если стороны не достигли соглашения о приведении договора в соответствие с существенно изменившимися обстоятельствами или о его расторжении...», в которых утверждается примат пересмотра договора (изменения) и его приведения в соответствие с новыми обстоятельствами перед расторжением.

Слова об изменении договора как исключительной мере призваны выразить идею верности договорным обязательствам, но в контексте статьи, посвященной изменению и расторжению договора они должны получить тот смысл, что законодатель допускает изменение договора в качестве особого случая освобождения стороны от договорного обязательства в случае существенного изменения обстоятельств. Решение о недопустимости добиваться исполнения в новых условиях уже принято. Суд уже признал, что наступление новых обстоятельств не может быть вменено обязанной стороне и что «исполнение договора без изменения его условий настолько нарушило бы соответствующее договору соотношение имущественных интересов сторон», что повлекло бы для заинтересованной стороны несоразмерный ущерб. Тем самым основной вопрос о незыблемости договорных условий уже решен в пользу заинтересованной стороны. Ясно, что слова об изменении договора как исключительной мере по отношению к его расторжению нельзя понимать как недопустимость изменения договора или указание на отсутствие у суда компетенции приводить обязанности сторон в соответствие с новыми обстоятельствами.

В свете п. 3 и п. 4 ст. 1 ГК РФ п. 2 ст. 451 должен пониматься как указание на *обязанность сторон* провести переговоры и по доброй совести достигнуть договоренности о новых условиях договора, отвечающих изменившимся обстоятельствам. Если стороны не смогли исполнить эту обязанность и одна из них в нарушение п. 4 ст. 1 ГК РФ продолжает извлекать выгоду из своего недобросовестного поведения, суд должен

вмешаться и содействовать сторонам в сохранении договора в изменившихся обстоятельствах, изменив договор своим решением. Слова об «исключительности» изменения договора по суду в п. 4 ст. 451 ГК РФ следует понимать в контексте обязанности сторон к заключению договора на новых условиях, а не по отношению к возможности расторгнуть договор.

Принципы европейского договорного права комиссии Ландо (PECL – 6:111) и Проект общей системы координат европейского права (DCFR – 1:110) предусматривают изменение договора судом в случае, если переговоры сторон окончились безрезультатно.

В итальянской литературе признается, что возможностью предложить пересмотр договорных условий может воспользоваться и та сторона, которая поражена изменением обстоятельств и при нормальной процедуре реагирования на возникновение чрезмерных затруднений к исполнению должна была бы добиваться расторжения договора, как это предусмотрено ИГК (п. 3 ст. 1467), когда изменение условий с целью сохранения обреченного договора мог бы предлагать именно кредитор. Неправомерность извлечения выгоды из нарушения соразмерности предоставлений, определяемая принципом добросовестности, предполагает и соответствующую обязанность предпринять усилия по восстановлению нарушенного равновесия и внести согласованные изменения в условия первоначального договора, чтобы привести его в соответствие с новыми обстоятельствами. Переговоры по новым условиям должны также вестись в соответствии с требованиями добросовестности. Добросовестность действует в этом случае и как *принцип толкования* договора, поскольку если бы новые обстоятельства можно было предусмотреть, стороны заключили бы договор иного содержания, и как *принцип, управляющий исполнением* договора, поскольку он обязывает принимать во внимание интересы другой стороны договора, затронутые существенным изменением обстоятельств. Принцип добросовестности позволяет взыскать убытки, причиненные срывом переговоров, и взыскать как неосновательное обогащение, полученное той из сторон, которая извлекает выгоду из существенного изменения обстоятельств [36: 295 sq.; 399 sqq; 414 sq; 419 sq]. С другой стороны, обязанность проведения новых переговоров не может выступать извинительным обстоятельством для освобождения от договорной обязанности: речь идет о пересмотре условий исполнения, а не об отказе от него. Обязанность к пересмотру условий договора в изменившихся обстоятельствах трактуется как форма реализации автономии сторон, свободы договора, а не ее подавления. Стимулирование сохранения договора на измененных условиях ограничивает возможности расторжения договора, что отвечает первоначальной воле сторон и принципу свободы договора.

При применении обоих критериев следует соблюдать автономию сторон (свобода договора), поскольку порядок распределения рисков следует считать принятым сторонами, избравшими данный вид договора, тогда как рыночные условия должны быть приняты во внимание как экономический и финансовый контекст, в котором реализуются интересы сторон. Суд должен оценить, отвечает ли притязание истца условиям договора, понимаемого как способ и форма поддержания эквивалентности предоставлений и распределения рисков, и не представляет ли оно собой злоупотребление правом с целью получения необоснованной выгоды, выходящей за рамки договорных обязанностей, принятых на себя сторонами, исходя из соразмерности взаимных обязательств и общего баланса интересов. Допустимость расторжения договора в смысле ст. 451 ГК РФ должна толковаться как способ обеспечить искомую (и найденную) эквивалентность предоставлений, установленную договором, а не как вторжение суда в условия договора.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Формализация хозяйственных целей сторон и интегрирование данных о внешних условиях исполнения в содержание обязательства ведет к минимизации экономических и финансовых рисков, позволяя достичь известной степени независимости от внешних обстоятельств – что и является тем благом, которое заключено в самом договоре и определяет ценность правовой формы социального взаимодействия и правового обеспечения подлежащих интересов. Распределение рисков и фиксация формальных требований к поведению участников отношения позволяет предусмотреть и будущее развитие внешних условий так, чтобы найденный баланс интересов сторон сохранял пропорциональность, свойственную данному договору (обязательству). Такая устойчивость договорных отношений, способность автоматически адаптировать правоотношение к изменению обстоятельств составляет важнейшее свойство правовой формы, сущность которой как раз и состоит в обеспечении определенной меры независимости от «рисков действительности» (говоря словами В. Флюме), благодаря преобразованию внешних природных и социальных факторов в формальные элементы правоотношения.

Возможная реакция на изменение внешних обстоятельств не обязательно должна быть выражена в условиях договора: общие правила, управляющие договорами (обязательствами) данного типа, входят в содержание правоотношения и оказывают на него не меньшее воздействие, чем прямые заявления сторон. Общие нормы (гипотеза которых не может и не должна содержать исчерпывающий состав и получает окончательную определенность в зависимости от конкретных обстоятельств) в области договорного права входят в волеизъявление сторон и связывают участников отношения, составляя нормативный контекст, предпосылку и естественное содержание договора.

Допустимость изменения или отмены общих норм прямым указанием сторон (диспозитивность) не упраздняет их ведущей роли: некоторые общие нормы являются императивными, а диспозитивные оказывают автоматическое действие (*ipso iure*) на содержание правоотношения, управляя и самой возможностью изменить или отменить их правила применительно к данному договору (договориться об ином).

Общие нормы и нормы, управляющие договором определенного типа, вместе составляют нормативное содержание правоотношения, предписывая соответствующую реакцию на изменение внешних обстоятельств: договорное обязательство содержит в себе самом необходимые меры реагирования на такие вызовы, автоматически исправляет

возможный дисбаланс, сообщая отношению в целом и каждой из сторон искомый комфорт и определенность положения, включая и возможные компенсации за понесенный ущерб и нереализованные ожидания (убытки). Такая защита заключена в самом договорном обязательстве, является его естественным следствием и учитывает возможные, обычные и предвидимые, внешние вызовы. Договор, особенно долгосрочный, предусматривает необходимые меры для обеспечения сохранения найденного баланса интересов при любом возможном изменении обстоятельств. Столь же естественным является и порядок, предусматривающий адаптацию договора при неожиданном и непреодолимом изменении внешних условий. Пропорция, установленная договором, должна оставаться стабильной: в этом и заключается действие договора по обеспечению справедливости; эта способность к адаптации и делает договор «законом для сторон».

Нормативным основанием обязанности сторон к исправлению договора и адаптации его условий к изменившимся обстоятельствам выступает принцип добросовестности, понимаемый как интегративное начало, как общее руководство по установлению содержания взаимных обязательств. Прежде всего, обязанность сторон вступить в новые переговоры в случае, если непредвидимое изменение обстоятельств, вне контроля сторон, делает невозможным или чрезмерно затруднительным исполнение обязанности первоначально взятой на себя стороной по договору (*hardship*) и нарушает экономическую композицию договора, признается в отношении долгосрочных договоров, когда расторжение не является желательным средством защиты, а интересам сторон более соответствует приспособление взаимных обязательств к изменившимся обстоятельствам и восстановление эквивалентности взаимных обязательств.

СПИСОК ИСПОЛЬЗОВАННЫХ ИСТОЧНИКОВ

1. Bechmann A. Der Kauf nach gemeinen Recht. I. Geschichte des Kaufs im römischen Recht. Erlangen, 1876.
2. Bessone M. Adempimento e rischio contrattuale. Milano, 1969.
3. Betti E. Causa del negozio giuridico// *Noviss. Dig. It.* III, Torino, 1957.
4. Bonfante P. Il contratto e la causa del contratto [Riv.dir.comm. 1908, 1, 115] / Scritti giuridici varii. Torino, 1921.
5. Calasso F. Causa legis. Motivi logici e storici del diritto commune// *Rivista statale del diritto italiano*, 1956.
6. Calasso F. Il negozio giuridico. Milano, 1959.
7. Cardilli R. il problema della resistenza del tipo contrattuale nel diritto romano tra natura contractus e forma iuris, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*. V. 3 / A cura di R. Fiori. Napoli: Jovene, 2008.
8. Chabas F., Greau F. Force majeure, in *Encyclopédie Dalloz*, Dalloz, 2007.
9. Chévrier G. Essai sur l'histoire de la cause dans les obligations. Paris, 1929.
10. Coradini D. Il criterio della buona fede e la scienza del diritto private dal codice Napoleonico al codice civile italiano del 1942. Milano, 1970.
11. Coviello N. Del caso fortuito in rapporto alla estinzione delle obbligazioni. Lanciano, 1895.
12. David R. Les sources du code civil éthiopien// *Revue internationale de droit comparé* 1962, 14.
13. Dozhdev D.V. Reconstructing the Jurist's Reasoning: *bona fides* and *synallagma* in Labeo (D. 19. 1. 50) // *IUS*. 1. 2015. P. 27 sqq.
14. European Contract Law. Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules. B. Fauvarque-Cosson, D. Mazeaud (eds.). Sellier. European Law Publishers, Munich, 2008.
15. Faure Abbad M. Le fait générateur de la responsabilité contractuelle. LGD, 2003.
16. Ferri G. B. Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico. Milano 1966.
17. Fikentscher W. Die Geschäftsgrundlage als Frage des Vertragsrisikos. München, 1971.
18. Fiori R. *Bona fides*. Formazione, esecuzione e interpretazione del contratto nella tradizione civilistica (Parte seconda), in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*. Vol. 4 / A cura di R. Fiori. Napoli: Jovene Editore, 2011.
19. Fitting H. (ed.), *Jurisitschen Schriften des früheren Mittelalters*. Halle, 1876.
20. Flume W. Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts. Bd. II. Das Rechtsgeschäft, 4 Aufl. Berlin; Heidelberg, 1992.
21. Flume W. Rechtsgeschäft und Privatautonomie, in *Hundert Jahren deutsches Rechtsleben. Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des deutschen Juristentages 1860-1960*. Bd. I. Tübingen, 1960.
22. Gabriele E. Eccesiva onerosità sopravvenuta. Trattatto di diritto private/ diretto da Mario Bessone. Vol. XIII, T. VIII. Torino, 2012.
23. Gernhuber J. Bürgerliches Recht. Ein systematisches Repertorium für Fortgeschrittene, 3 Aufl. München: Beck, 1991.

24. Ghestin J., Loiseau G., Serinet Y.-M. La formation du contrat. T. 2 : L'objet et la cause, les nullités. 4 éd. Paris, 2013.
25. Grossi P. Sulla 'natura' del contratto// Quaderni Fiorentini, 15, 1986.
26. Hartmann G. Die Obligation. Untersuchungen über ihre Zweck und Bau. Erlangen, 1875.
27. Henssler M. Risiko als Vertragsgegenstand. Tübingen: Mohr Siebeck, 1994.
28. Hill and Redman. Law of Landlord and Tenant. 18th ed. London, 2013.
29. Hondius E. Les bases doctrinales du nouveau code néerlandais, Traditions savants et codifications. Colloque Poitiers, 8-10 septembres 2005, Aristec, dir. C. Ophele et P. Remy. Université de Poitiers, 2007.
30. Ibbetson D.J. Absolute Liability in Contract. Antecedents of *Paradyne v Jane*, in *Consensus ad Idem. Essays in the Law of Contract in Honour of Guenter Treitel / Rose F.D. (ed.)*. Vol.1. London, 1996.
31. Ibbetson D.J. Fault and absolute liability in pre- modern contract law // *Legal History*, 18, 1997.
32. Kiralfy A.K.R. A Source Book of English Law. London, 1957.
33. Köbler R. Die "clausula rebus sic stantibus" als allgemeiner Rechtsgrundsatz. Tübingen, 1991.
34. Kötz H., Flessner A. European Contract Law [1992]. Transl. by T. Weir. Oxford: Clarendon Press, 1997. Vol.1: Formation, Validity and Content of Contracts; Contracts and Third Parties.
35. Larenz K. Lehrbuch des Schuldrechts. Bd. I. 14 Aufl. München, 1987.
36. Macario F. Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine. Napoli, 1996.
37. Maffei D., Caso fortuito e responsabilità contrattuale nell'età dei glossatori. Saggi. Milano, 1957.
38. Marcadé V. Cours élémentaire du droit civil. 4 éd. Paris, 1850.
39. Meijers E. La théorie des ultramontane concernant la force obligatoire et la force probante des actes sous seing privé// *TR*, 1933.
40. Meijers E. Les theories médiévales concernant la cause de la stipulation et la cause de la donation// *TR*, 1936.
41. Mistake, Fraud and Duties to Inform in European Contract Law / Sefton-Green R. (ed.). Cambridge, 2005.
42. Motta L. La causa delle obbligazioni nel diritto civile italiano. Torino, 1929.
43. Oertmann P. Die Geschäftsgrundlage: Ein neuer Rechtsbegriff. Leipzig, 1921.
44. Osti G. La *clausula rebus sic stantibus* nel suo sviluppo storico// *RDC*, 1912.
45. Pernice A. Zur Vertragslehre der römischen Iuristen// *SZ*, 9, 1888.
46. Perozzi S. Le obbligazioni romane. Bologna, 1903; Bonfante P. Scritti giuridici. Vol. III. Torino, 1926.
47. Pfaff L. Die Clausel *rebus sic stantibus* in der Doctrin und der österreichische Gesetzgebung, in *Festschrift für Joseph Unger*. Stuttgart, 1898.
48. Philippe D.-M. Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle. Paris, 1986.
49. Pichonnaz P. De la clausula rebus sic stantibus au hardship. Aspects d'une évolution du rôle di juge, in *Le droit romain d'hier à aujourd'hui. Collationes et oblationes. Liber amicorum G. Hanard*. Bruxelles, 2009.

50. Principles of European Contract Law. Parts I and II. Combined and Revised./ O. Lando, H. Beale (eds.)/ Cambridge, Mass.: Kluwer Law International, 2000.
51. Ranieri F. *Dolo petit qui contra pactum petit*. Bona Fides und stillschweigende Willenserklärung in der Judikatur des 19. Jahrhunderts// *Ius Commune*, IV. 1972.
52. Ranieri F. Eccezione di dolo generale, Digesto (disc. priv. sez. civ.), VII. Torino, 1991.
53. Regelsberger F. Pandekten. Leipzig, 1893.
54. Roussier R. Le fondement de l'obligation contractuelle dans le droit classique de l'Eglise. Paris, 1933.
55. Rummel M. Die *clausula rebus sic stantibus*. Eine dogmengeschichtliche Untersuchung unter Berücksichtigung der Zeit von der Rezeption im 14. Jahrhundert bis zum jüngeren *Usus modernus* in der ersten Hälfte des 18. Jahrhunderts. Baden-Baden, 1991.
56. Sacco R. in R. Sacco-G. De Nova, Il contratto, t. II, in Trattato di dir. civ., diretto da R. Sacco, Torino, 2004.
57. Schermaier M.J. *Bona fides* in Roman Contract Law, in Zimmermann R., Whittaker S. (eds.), Good faith in European Contract Law. Cambridge, 2000.
58. Schulz F. Prinzipien des römischen Rechts. Berlin, 1934.
59. Simshäuser W. Windscheids Voraussetzungslehre rediviva// AcP, CLXXII, 1972.
60. Solidoro Maruotti L. Gli obblighi di informazione a carico del venditore. Origini storiche e prospettive attuali. Napoli, 2007.
61. Stötter V. Versuch zur Präzisierung des Begriffs der mangelhaften Geschäftsgrundlage// AcP, CLXVI, 1966.
62. Talamanca M. La bona fides nei giuristi romani: 'Leerformeln' e valori dell'ordinamento // Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Studi A. Burdese / a cura di L. Garofalo. Vol. IV. Padova: CEDAM, 2003.
63. Toullier C.B.M. Le droit civil français suivant l'ordre du Code. Bruxelles, 1837.
64. Treitel G.H. Frustration and Force Majeure. 3rd ed. Sweet & Maxwell, 2014.
65. Werner L. Contract Modification as a Result of Change of Circumstances, in Beatson J., Friedman D. (eds.), Good Faith and Fault in Contract Law. Oxford: Clarendon Press, 1995.
66. Wieacker F. Zur rechtstheoretischen Präzisierung des §242 BGB. Tübingen: Mohr Siebeck, 1956.
67. Windscheid B. Die Lehre der römischen Recht von der Voraussetzung. Düsseldorf, 1850.
68. Агарков М.М. Обязательство по советскому гражданскому праву [1940] // Избранные труды по гражданскому праву. В 2 томах. Том I. М., 2002.
69. Виндшайд Б. Учебник пандектного права. Т. I. Общая часть. Пер. под ред. С.В. Пахмана. СПб., 1874.
70. Луман Н. Социальные системы. Очерк общей теории. С-Пб., 2007.
71. Новак Д.В. Неосновательное обогащение в гражданском праве. М., 2010.
72. Полдников Д.Ю. Формирование учения о договоре в правовой науке Западной Европы (XII – XVI вв.). Москва, 2016.
73. Семенова А.Е. Обязательства, возникающие вследствие неосновательного обогащения, и обязательства, возникающие из причинения вреда / Гражданский кодекс РСФСР. Научный комментарий под ред. С.М. Прушицкого и С.И. Раевича. Вып. 20. М., 1928.

74. Флейшиц Е.А. Обязательства из причинения вреда и из неосновательного обогащения. М., 1951.