

**МОСКОВСКАЯ ВЫСШАЯ ШКОЛА  
СОЦИАЛЬНЫХ И ЭКОНОМИЧЕСКИХ НАУК**

**ПРОБЛЕМЫ ПОСТСОВЕТСКОЙ  
ТЕОРИИ И ФИЛОСОФИИ ПРАВА:  
ПЕРСПЕКТИВЫ СВОБОДНОГО ОБЩЕСТВА**

**Сборник статей**

**Издательство «Юрлитинформ»  
Москва  
2018**

*Дождев Д. В.,*  
доктор юридических наук, профессор,  
декан факультета права Московской высшей школы  
социальных и экономических наук (МВШСЭН)

## **ИСПОЛНЕНИЕ ОБЯЗАТЕЛЬСТВА В НАТУРЕ: ВОЗРОЖДЕНИЕ ДОГОВОРНОЙ ДИСЦИПЛИНЫ В ПОСТСОВЕТСКОМ ОБЯЗАТЕЛЬСТВЕННОМ ПРАВЕ ИЛИ НОВОЕ ОПРЕДЕЛЕНИЕ ЦЕННОСТИ ОБЯЗАТЕЛЬСТВА<sup>1</sup>**

*Аннотация:* Объявление примата присуждения к исполнению в натуре в ст. 308.3 ГК РФ сопоставляется с доктриной реального исполнения и советским режимом договорной дисциплины, свойственным плановому хозяйству. Современный тренд в пользу присуждения в натуре в континентальном праве согласуется с доктриной *efficient breach*, выдвинутой в рамках экономического анализа права, и находит поддержку в концепции «стимулирования» должника к исполнению и подавлению оппортунистического поведения. Естественнo-правовые учения о праве и доктрина Савиньи о власти кредитора над личностью и свободой должника также внесли свой вклад в порядок защиты от неисполнения в немецком праве, где требование о взыскании убытков допускалось только после нарушения судебного решения об исполнении. Реформа обязательственного права в Германии сделала возможным требование об убытках взамен требования об исполнении, что позволяет ведущим авторам приблизиться к адекватному пониманию обязательства. Критика экономического и натуралистического подходов к вопросу основана на выдвигании правовых критериев обязательственного отношения и договорной ответственности. Предлагается правовая интерпретация института судебного штрафа, вопреки результатам реформы обязательственного права во Франции и в России.

*Ключевые слова:* обязательство, договорная ответственность, исполнение в натуре, содержание обязательства, кауза, судебный штраф, договорная дисциплина, свобода, постсоветское право, европейская правовая традиция.

*Dmitriy V. Dozhdev,*  
Doctor of Legal Sciences, Professor, Dean of the Law Department  
of Moscow High School of Social and Economic Sciences (MSSES)

## **SPECIFIC PERFORMANCE OF OBLIGATION: REVIVAL OF CONTRACTUAL DISCIPLINE IN POST-SOVIET OBLIGATIONAL LAW OR NEW UNDERSTANDING OF VALUE OF OBLIGATION**

*Abstract:* Announcement of primacy of specific performance by art. 308.3 of the Russian Civil Code is compared with the doctrine of real performance and the Soviet regime of

<sup>1</sup> Статья подготовлена в рамках исследовательского проекта РФФИ 17-03-00886.

contractual discipline peculiar to the planned economy. The modern trend towards specific performance in the Continental law corresponds to the doctrine of efficient breach developed by the economic analysis of law and finds support in the conception of «stimulating» a debtor to performance, and suppression of opportunistic behavior. The natural law theories and the doctrine by Savigny on a creditor's power over personality and freedom of the debtor have also contributed to the procedures of protection from non-performance in the German law which allowed the claim for compensation of damages only after non-compliance with the court decision on performance. The obligational law reform in Germany made the claim for damages possible instead of the claim for performance that let the leading authors approach an adequate understanding of and obligation. The criticism against the economic and naturalistic approaches to the matter is based upon emphasizing legal criteria of an obligational relationship and contractual liability. Contrary to the outcome of the obligational law reforms in France and Russia a legal interpretation of the institution of a court penalty is suggested.

*Keywords:* obligation, contractual liability, specific performance, content of obligation, causa, court penalty, contractual discipline, freedom, post-Soviet law, European legal tradition

## **1. Принцип реального исполнения в советском договорном праве**

В советском договорном праве господствовал принцип *реального исполнения обязательств*: должник обязывался произвести исполнение даже после того, как он уплачивал неустойку за несвоевременное исполнение или возмещал убытки, вызванные неисполнением или ненадлежащим исполнением обязательства. В ГК РСФСР 1964 г. освобождение должника от исполнения обязательства в натуре обуславливалось утратой силы плановым заданием, на котором основано обязательство между социалистическими организациями (ст.ст. 191 и 221)<sup>1</sup>. М.И. Брагинский и В.В. Витрянский объясняют сохранение обязательства по исполнению в натуре тем, что у государства в подобных случаях появлялась возможность взыскивать с должника неустойки, штрафы и пени в повышенном размере, направляя эти средства в бюджет<sup>2</sup>. В частности, приводится положение п. 31 Постановления Совета Министров СССР от 27.10.1967 № 988 «О материальной ответственности предприятий и организаций за невыполнение заданий и обязательств», которое допускало взыскание со стороны, грубо нарушившей условия договора, неустойки, штрафа и пени в повышенном до 50% размере, с обращением этой части взысканных сумм в доход союзного бюджета.

---

<sup>1</sup> Регулирование восходит к ст. 36 Основ гражданского законодательства 1961 г.

<sup>2</sup> Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Общие положения. М.: Статут, 1998. С. 497.

Подлинной причиной господства принципа реального исполнения следует считать плановое хозяйство. Применение нормальной ответственности в форме полного возмещения убытков ограничивалось как необходимостью соблюдения плановых показателей, так и невозможностью восполнить разорванную вследствие неисполнения договора цепочку хозяйственных связей, обратившись к другим поставщикам на свободном рынке. Так, А.В. Венедиктов выступал против возмещения неполученных доходов, поскольку такое поступление на баланс предприятия возникало бы не вследствие действительного накопления в социалистическом хозяйстве, а было бы лишь результатом применения договорных санкций<sup>1</sup>. В 1960–1970-е годы выполнение предприятием общего плана по прибыли все же не считалось препятствием для взыскания неполученной прибыли с нарушителя в конкретном деле<sup>2</sup>. При расчете реального ущерба возмещению подлежали лишь фактически понесенные кредитором расходы и лишь в той части, которая отвечала утвержденным плановым нормативам (плановой калькуляции).

Хозяйствующие субъекты сами были объектом планового регулирования, тогда как договорные отношения между ними являлись способом реализации плановых заданий. Фигура договора и договорных отношений в советском контексте совершенно лишена свойственной ей правовой природы. Договор в советском праве представлял собой не проявление автономии личности и индивидуальной свободы, а выступал исключительно источником долженствования: именно обязывающая сила договора востребовалась советским порядком в механизме реализации экономической политики. Говорить о праве кредитора добиваться исполнения в натуре в этих условиях также можно лишь с существенными оговорками. Предъявляя требование об исполнении, кредитор выступал одним из инструментов выполнения плана, подчинявшего себе и кредитора, и должника. В единой производственной цепочке каждый кредитор был также и должником, так что адекватной квалификацией положения хозяйствующих субъектов будет отнесение их к элементам планового хозяйства, которому совершенно чужды определения, свойственные частному праву. Речь должна вестись не о договорном праве, а о договорной дисциплине.

<sup>1</sup> Венедиктов А.В. Договорная дисциплина в промышленности. Л., 1935. С 114. Цит. по: Брагинский М.И., Витрянский В.В. Указ. соч. С. 516.

<sup>2</sup> Брагинский М.И., Витрянский В.В. Указ. соч. С. 517, со ссылкой на Бюллетень Верховного Суда РСФСР. 1973. № 4. С. 13 (Там же. С. 517, прим. 3).

## 2. Отказ от реального исполнения в ГК РФ 1994 г. и совершенствование компенсаторных средств защиты

Переход к рыночному хозяйству подорвал позиции принципа реального исполнения. Это прямо выражено в п. 2 ст. 396 ГК РФ, который устанавливает, что уплата неустойки и возмещение убытков освобождают должника от исполнения обязательства в натуре. Развиваются подходы, свойственные развитым правовым порядкам, возникает система договорной ответственности, ведущее место в которой занимает возмещение убытков. Отказ от плановых ограничений при расчете убытков ориентировал на установление адекватных критериев расходов, которые кредитор должен будет произвести для восстановления нарушенного права и неполученного дохода. Пункт 3 статьи 393 ГК РФ устанавливает, что при расчете убытков учитываются цены, существовавшие в месте исполнения обязательства в день, когда должник производит возмещение убытков добровольно, либо в день предъявления иска. В совместном постановлении Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 1 июля 1998 г. № 6/8 «О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» в развитие идеи, заложенной в п. 3 ст. 393 ГК РФ, в состав реального ущерба прямо включались еще не понесенные кредитором расходы, которые он должен будет понести для восстановления нарушенного права (п. 10), и вводилось понятие разумных затрат для определения упущенной выгоды (в частности, производственных затрат, которые в сопоставлении с ценой реализации готовых товаров позволяли бы рассчитать неполученный доход).

Статья 524 (абз. 2 п. 3), пусть лишь применительно к договору поставки, вводит понятие текущей цены, по которой исчисляются убытки не только в том случае, когда потерпевшей стороной была заключена сделка взамен расторгнутого договора, но и в том случае, когда такая сделка заключена не была (абз. 1 п. 3 ст. 524). Понимание того, что идеи, заложенные в ст. 524 ГК РФ, выходят за рамки договора поставки<sup>1</sup>, привело к включению с 1 июня 2015 г. в общую часть договорного права новой ст. 393.1 «Возмещение убытков при прекращении договора», так что техника расчета убытков, исходя из цены заменяющей сделки, а при ее отсутствии — текущей цены, получает ожидавшееся генеральное применение при расторжении нарушенного договора<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Там же. С. 529–530.

<sup>2</sup> См. комментарий к этой статье в работе: Байбак В. В. Возмещение убытков при прекращении договора и вина кредитора // Вестник гражданского права. 2016. № 4. С. 119–131.

В настоящее время идея восстановительной функции присуждения убытков получила следующий ей генерализующий характер<sup>1</sup>. Развивая положение ст. 15 ГК РФ о полном возмещении убытков как ведущем принципе договорной ответственности, традиционном для российского права, ФЗ № 42 от 08.03.2015 дополнил п. 2 ст. 393 новым абзацем, формулировка которого непосредственно вдохновлялась ст. 1654 книги V Проекта Гражданского уложения Российской империи: «Возмещение убытков в полном размере означает, что в результате их возмещения кредитор должен быть поставлен в положение, в котором он находился бы, если бы обязательство было исполнено надлежащим образом».

В статью 393 вводится новый п. 5, который предусматривает, что размер убытков «должен быть установлен с разумной степенью достоверности» и прямо запрещает суду отказывать в удовлетворении требования кредитора о возмещении убытков только на том основании, что размер убытков не может быть установлен с разумной степенью достоверности. «В этом случае размер подлежащих возмещению убытков определяется судом с учетом всех обстоятельств дела исходя из принципов справедливости и соразмерности ответственности допущенному нарушению обязательства».

Федеральный закон № 42 от 08.03.2015 дополняет п. 1 ст. 393 ГК РФ новым абзацем, который устанавливает, что использование кредитором иных способов защиты нарушенных прав не лишает его права требовать от должника возмещения убытков, причиненных неисполнением или ненадлежащим исполнением обязательства.

Среди пережитков принципа реального исполнения — формулировка п. 1 ст. 396 ГК РФ, которая устанавливает, что уплата неустойки и возмещение убытков в случае *ненадлежащего исполнения обязательства* не освобождают должника от исполнения обязательства в натуре<sup>2</sup>. Пункт 2 статьи 396, как мы видели, говорит о том, что в случае *неисполнения обязательства* уплата неустойки и возмещение убытков, напротив, освобождают должника от исполнения обязательства в натуре, очевидно, в связи с прекращением обязательства.

Различение ненадлежащего исполнения от неисполнения, неизвестное советскому праву, сегодня вызывает затруднения. Так, М. И. Брагинский и В. В. Витрянский<sup>3</sup> уверенно относили к ненадле-

<sup>1</sup> Брагинский М.И., Витрянский В.В. Указ. соч. С. 511–512, 518.

<sup>2</sup> Там же. С. 498: «В данном случае, как и прежде, законодатель исходит из принципа реального исполнения».

<sup>3</sup> Там же. С. 499.

жащему исполнению ситуацию, когда должник исполнил свое обязательство в полном объеме, но ненадлежащим образом, например, продавец поставил товар ненадлежащего качества или некомплектный, подрядчик сдал заказчику объект с недоделками, перевозчик сдал поврежденный при транспортировке груз и т.п. При исполнении же обязательства в неполном объеме авторы предлагали оценивать конкретные обстоятельства. Ненадлежащему исполнению противопоставлялась ситуация неисполнения, когда должник вовсе не приступал к исполнению обязательства. Если применить к приведенным примерам действующее регулирование (которое эти примеры и призваны комментировать), то получится, что в случае доставки поврежденного груза перевозчик не освобождается от доставки неповрежденного груза, тогда как полное бездействие перевозчика освободит его от обязанности осуществлять транспортировку, компенсировав получателю убытки и уплатив неустойку; поставка некомплектного товара не освобождает продавца от поставки недостающих товаров, тогда как отказ от поставки снимает обязанность по исполнению в натуре и т.д.

Представляется, что для таких суждений отсутствуют основания в законе. Так, п. 1 ст. 520 применительно к договору поставки предусматривает другой порядок восполнения недостающего количества или качества поставленных товаров (наряду с требованием к поставщику о доукомплектовании или замене недоброкачественных товаров), а именно: приобретение покупателем недоставленных товаров у других лиц с отнесением на поставщика всех необходимых и разумных расходов на их приобретение.

Последние изменения в ГК не коснулись этой статьи, которая, таким образом, находится в явном противоречии отмеченной тенденции к усвоению принципа полного возмещения убытков и устранению неоправданных ограничений по их взысканию<sup>1</sup>. Отвечающая потребностям развития предпринимательства и рыночного хозяйства, эта тенденция дополняется другим процессом, прямо противоположной направленности, который практически воспроизводит идеологию реального исполнения и договорной дисциплины.

---

<sup>1</sup> Упразднение нелогичной и противоречивой ст. 396 ГК РФ и замену ее развернутыми положениями о различных видах убытков и прекращении обязательства возмещением компенсаторных убытков задолго до последней реформы рекомендовал А.Г. Карапетов. См.: Карапетов А.Г. Иск о присуждении к исполнению обязательства в натуре. М.: Статут, 2003. С. 53–93.

### **3. Возвращение к принципу реального исполнения в ходе последней реформы ГК РФ и выдвигаемые обоснования допустимости присуждения в натуре**

*Статья 308.3. Защита прав кредитора по обязательству*  
(введена ФЗ № 42 от 08.03.2015)

1. В случае неисполнения должником обязательства кредитор вправе требовать по суду исполнения обязательства в натуре, если иное не предусмотрено настоящим Кодексом, иными законами или договором либо не вытекает из существа обязательства. Суд по требованию кредитора вправе присудить в его пользу денежную сумму (пункт 1 статьи 330) на случай неисполнения указанного судебного акта в размере, определяемом судом на основе принципов справедливости, соразмерности и недопустимости извлечения выгоды из незаконного или недобросовестного поведения (пункт 4 статьи 1).

2. Защита кредитором своих прав в соответствии с пунктом 1 настоящей статьи не освобождает должника от ответственности за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства (глава 25).

Пункт 2 статьи 308.3 согласуется с абз. 2 п. 1 ст. 393:

Если иное не установлено законом, использование кредитором иных способов защиты нарушенных прав, предусмотренных законом или договором, не лишает его права требовать от должника возмещения убытков, причиненных неисполнением или ненадлежащим исполнением обязательства.

Однако в контексте п. 1 ст. 308.3 это положение, верное принципу договорной ответственности, оказывается поколебленным. Впервые в отечественном законодательстве устанавливается возможность добиваться по суду исполнения в натуре, которая не отвечает системе российского обязательственного права, учению о договорной ответственности и всей сложившейся практике защиты нарушенных прав кредитора.

Прежде, несмотря на упоминание этого средства защиты в ст. 12 ГК РФ, на практике подобные решения суда вели к получению исполнения из другого источника за счет должника. Именно заменяющая сделка позволяет установить размер убытков с надлежащей определенностью (конкретные убытки – п. 1 ст. 393.1). Исполнение обязательства третьим лицом за счет должника специально предусматривается ст. 397 ГК РФ применительно к обязательствам изготовить и передать вещь кредитору в собственность, передать вещь кредитору в пользование, выполнить работу или оказать услугу.



Ценность обязательства, принимаемая как количество, рассчитывается по объективной ценности долга. Именно долг, будучи фиксированным (определенным) в договоре (при реституционных обязательствах — объемом обогащения), становится масштабом имущественного содержания обязательства. При расчете объема возмещения техника заменяющей сделки выдвигает в качестве константы вычислений (масштаба) первичное предоставление. Возможность замены показывает, что долг принимается не как конкретное действие, не как единичное, а уже в формальном измерении — прежде всего как мера ожиданий, мера признанного правом интереса кредитора, воплощенного в обязательстве.

Требование отобрания и передачи кредитору индивидуально-определенной вещи в случае неисполнения обязательства передать такую вещь в собственность (ст. 398 ГК РФ), собственно, не является требованием об исполнении в натуре, поскольку отобрание производится службой судебных приставов, и тем самым такое присуждение не предполагает совершения должником определенных действий по решению суда. Присуждение в натуре известно нашему праву только применительно к обязанности возвратить имущество, составляющее неосновательное обогащение (ст. 1104 ГК РФ), а также — полученное по недействительной сделке (п. 2 ст. 167 ГК РФ), когда стороны связаны не обязательственным, а особым реституционным отношением. Новелла п. 1 ст. 308.3 представляет собой разрыв с традицией отечественного права, что ставит вопрос о возвращении во времена договорной дисциплины.

Авторы подобных нововведений вдохновляются как авторитетной германской традицией (хотя предпочитают ссылаться на проекты наднациональной унификации договорного права, например, Принципы УНИДРУА ст. 7.2.2.), так и концепцией надлежащего стимулирования должника к исполнению, корни которой лежат в еще недавно модном направлении, известном как «экономический анализ права» (Economic Analysis of Law)<sup>1</sup>.

Противоречивость новых тенденций в регулировании договорной ответственности получает неожиданную поддержку в трудах одного

---

<sup>1</sup> Направление получило название по обобщающей работе Ричарда Познера 1973 г., в которой экономическому анализу подвергалось отнюдь не право, а школьные конфликтные ситуации, которые формально можно отнести к отдельным отраслям права. Сегодня этому направлению противопоставляют «Law and Economics», адепты которого говорят о необходимом взаимодействии права и экономики, которое приведет к изменению экономической теории, чтобы она могла объяснять те правовые явления, которые сейчас она объяснить не может: Калабреззи Г. Будущее права и экономики. Очерки о реформе и размышления. М.: Изд-во Института Гайдара, 2016. С. 11.

из авторов реформы, будто указанные векторы развития могут совмещаться и даже взаимодействовать в рамках некоего единого направления совершенствования средств защиты кредитора. Сегодня А.Г. Карапетов — наиболее плодотворный исследователь нарушения договора, в трудах которого последовательное выстраивание принципа свободы договора переходит в утверждение о свободном выборе средств защиты как важнейшем проявлении либеральных ценностей договорного обязательства. В случае нарушения договора именно кредитор должен решать, продолжать ли настаивать на исполнении или расторгнуть договор и обратиться к компенсационным мерам защиты — взысканию убытков, неустоек и иных штрафных санкций<sup>1</sup>. Взвешенный анализ допустимости присуждения к исполнению в натуре и наложения судебного штрафа (астрента), представленный в последнем комментарии ст. 308.3 ГК РФ (развернутый комментарий пореформенных положений ГК РФ «Глосса», осуществленный целым коллективом специалистов, — также детище А.Г. Карапетова), воспроизводит лучшие рекомендации европейских правоведов и может служить надежным руководством для российских судов<sup>2</sup>.

В фундаментальной работе «Модели защиты гражданских прав: экономический взгляд»<sup>3</sup> исследователь выдвигает основания для поддержки как принципа полного возмещения убытков и нового абзаца п. 2 ст. 393 ГК РФ, так и присуждения к исполнению в натуре, которое явно выдвигается на первый план в системе средств защиты нарушенного договора. Объединяющим принципом выступает стимулирование должника к исполнению, собственно, к соблюдению договора. Автор исходит из достижений экономического анализа права, адепты которого принимают субъектов оборота за совершенно не интегрированных социально, обособленных, эгоистических, лишенных развитых представлений о мире, неспособных к долгосрочному планированию, движимых исключительно идеями выгоды («рациональных максимизаторов личной выгоды»<sup>4</sup>). Поступки таких субъектов определяются только

<sup>1</sup> Карапетов А.Г. Расторжение нарушенного договора в российском и зарубежном праве. М.: Статут, 2007.

<sup>2</sup> Договорное и обязательственное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 307–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / отв. ред. А.Г. Карапетов. М.: М-Логос, 2017. См. также: Сделки, представительство, исковая давность: постатейный комментарий к статьям 153–208 Гражданского кодекса Российской Федерации / отв. ред. А.Г. Карапетов. М.: М-Логос, 2018.

<sup>3</sup> Карапетов А.Г. Модели защиты гражданских прав: экономический взгляд // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2014. № 11–12.

<sup>4</sup> Познер Р. Экономический анализ права. В 2 т. Т. 1. СПб.: Экономическая школа, 2004. С. 4.

уровнем информированности и экономической конъюнктурой (рациональным поведением объявляется только экономически рациональное поведение<sup>1</sup>). Если нарушение договора выгодно – такой субъект обязательно его нарушит<sup>2</sup>. Задача права – сделать выгодным соблюдение договора. А.Г. Карапетов предлагает именно экономический взгляд на средства защиты от нарушения договора. Уравнивающая (коммукативная) справедливость как основание для расчета желательных следствий обмена, верность обязательствам как основа оборота – выступают этическими категориями<sup>3</sup>, отрицать значимость которых для общества исследователь не спешит, но отказывает им в юридической природе, выводит их за рамки права, которое – в принятой автором перспективе – лишается собственного принципа, предмета, метода и сводится к инструменту регулирования поведения людей. Автор сам не принимает теорию *efficient breach*, отмечая наличие убедительных критиков («мы выступаем категорическими противниками теории эффективного правонарушения»)<sup>4</sup>. Однако это неприятие исходит из того, что допущение теории эффективного нарушения предполагает поощрение нарушений (как Парето-эффективного поведения, повышающего общее благо)<sup>5</sup>, в частности, ограничением средств защиты только компенсационными (взыскание предвидимых убытков), исключая сверхкомпенсационные<sup>6</sup>.

Риски недокомпенсации, будучи осознаны потенциальным нарушителем, выступают, согласно автору, экономическим и экспрессивным стимулом к нарушению: «По сути, режим исключительно и строго компенсационной защиты просто зажигает зеленый свет тотальной

---

<sup>1</sup> С этих позиций оценивается даже поведение таких субъектов, о которых экономисты в принципе не могут получить достоверного знания, например первобытных охотников или скотоводов. См.: Там же. С. 46–47.

<sup>2</sup> Карапетов А.Г. Модели защиты гражданских прав: экономический взгляд. 2014. № 11. С. 41, 47, 50; 2014. № 12. С. 31. На этой ссылке строится понятие «выгодного нарушения договора» (*efficient breach*). Познер Р. Указ. соч. С. 164. Примечательно, что учет судебных и переговорных издержек и эффективного распределения рисков между сторонами приводит исследователя к заключению о том, что взыскание убытков предпочтительнее принудительного исполнения договора (с. 182), т.е. принцип регулирования договорной ответственности в общем праве получает и экономическое оправдание.

<sup>3</sup> Карапетов А.Г. Указ. соч. 2014. № 11. С. 24–25, 39–40, 48–49; 2014. № 12. С. 29.

<sup>4</sup> Там же. 2014. № 11. С. 66. См. также: С. 42.

<sup>5</sup> Там же. С. 46: «Такова природа человеческого поведения».

<sup>6</sup> Там же. 2014. № 12. С. 28. К сверхкомпенсационным моделям автор относит штрафные («карательные») убытки (с. 56–60) и фиксированные законные компенсации (неустойки, штрафы, пени) (с. 60–65).

правовой энтропии и разрушению правовой культуры. Правонарушение начинает поощряться и рано или поздно воспринимается как нечто вполне моральное и даже желательное»<sup>1</sup>. Имеющийся ресурс в повышении вероятности полной компенсации состоит в понижении стандарта доказывания убытков (до разумной степени достоверности – п. 5 ст. 393 ГК РФ), тем не менее не снимает таких ограничений, как неизбежная недооценка субъективной ценности нарушенного права и проблема исполнения судебного решения о взыскании убытков<sup>2</sup>. К факторам, снижающим вероятность нарушений, автор относит индивидуальную честность и репутационное давление, возможность издержек, превышающих выгоды от нарушения, и публично-правовую превенцию<sup>3</sup>.

В этих условиях предпочтение, отдаваемое присуждению в натуре (по принципу *Property Rules*), предстает совершенно закономерным. Приводятся три обоснования: (1) снижается риск недокомпенсации (отпадает проблема квантификации ущерба); (2) снижаются стимулы к оппортунистическому поведению; (3) предотвращаются литигационные издержки по взысканию убытков как участников оборота, так и бюджета – по разрешению подобных споров<sup>4</sup>. Приведенные обоснования представляются неудовлетворительными. Ясно, что отказ от взыскания убытков отменяет и соответствующие издержки по взысканию (3), однако это не означает, что издержки по понуждению к исполнению в натуре будут ниже. Риск недокомпенсации (1) при присуждении в натуре, напротив, повышается, точнее, становится неизбежным: в натуре нельзя получить первичное исполнение: оно уже просрочено или требует исправления (при ненадлежащем исполнении), принудительное же действие всегда менее эффективно, чем добровольное.

Снижение стимулов к нарушению договора (2) также сомнительно. Теоретически – потому что стремлению к получению выгоды от нарушения не противостоит никакая иная альтернатива, кроме судебного разбирательства. Сама по себе перспектива понуждения к исполнению в будущем не снимает заинтересованности в получении возможной выгоды сейчас. Практически – потому что у должника не сужается круг аргументов против реального исполнения, а отсрочка исполнения (предполагаемая при присуждении в натуре) остается не менее желанной.

<sup>1</sup> Карапетов А.Г. Модели защиты гражданских прав: экономический взгляд. 2014. № 11. С. 48.

<sup>2</sup> Там же. С. 55.

<sup>3</sup> Там же. С. 69.

<sup>4</sup> Там же. С. 73.

#### 4. Критика теории *efficient breach*

Критика экономического оправдания теории *efficient breach* провоцируется слабостью аргументации<sup>1</sup>. Познер приводит такой пример<sup>2</sup>. Производитель обязался поставить 100 000 деталей по цене 10 центов. К нему обращается другой покупатель, предлагая срочно поставить ему 25 000 по цене 15 центов. Приняв предложение, производитель выручает 1250 долларов прибыли, тогда как первый покупатель упускает 1000 долларов прибыли. Неисправный продавец компенсирует первому покупателю упущенную выгоду, но все равно остается в выигрыше. Познер отмечает, что в выигрыше оказались все. В действительности, в выигрыше оказался только неисправный продавец-производитель, тогда как оба покупателя лишь получили то, на что рассчитывали, т.е. не понесли потерь от нарушения.

При этом сам автор допускает, что второй покупатель мог обратиться не к производителю, а к первому покупателю, но такой путь — хотя и позволял избежать нарушения договора поставщиком — был бы сопряжен с большими транзакционными издержками в условиях «двусторонней монополии», но позволял бы избежать литигационных издержек. Попытка учета издержек отражает недостаточность приведенных арифметических выкладок для суждения об эффективности нарушения. Даже выдвигая в качестве условий задачи существенное превышение конкурирующей цены над ценой действующего договора, Познер не может дать безусловный прогноз Парето-выгоды от нарушения.

Рассуждение Познера полностью игнорирует правовой аспект ситуации<sup>3</sup>, тогда как требование первого покупателя может не ограничиться компенсацией упущенной выгоды, которую он собирался получить в ходе обычного производственного процесса. Эксклюзивность поставки (если вслед за Познером принять идею монополии) могла поддерживаться особыми условиями договора, включающими, например, штрафную неустойку за срыв поставки или просрочку. Вариатив-

<sup>1</sup> См.: Mercurio M., Medema S.G. *Economics and the Law: From Posner to Post-Modernism and Beyond*. Princeton, 2006. P. 138 ; Markovits D., Schwartz A. *The Myth of Efficient Breach: New Defenses of the Expectation Interest* // *Virginia LR*. 2011. 97. P. 1948.

<sup>2</sup> Познер Р. Указ. соч. Т. 1. С. 164.

<sup>3</sup> Последующие попытки защиты теории в категориях *property rules/liability rules* также игнорируют действующее право: Kaplow L., Shavell S. *Property rules versus liability rules: An economic analysis* // *Harvard Law Review*. 1996. 109. P. 713–790 ; Shavell, S. *Economic Analysis of Contract Law* (2003). Harvard Law School John M. Olin Center for Law, Economics and Business Discussion Paper Series. Paper 403 // URL: [http://lsr.nellco.org/harvard\\_olin/403](http://lsr.nellco.org/harvard_olin/403)

ность гипотетического исхода в таком случае значительно повышается, делая вывод об эффективности нарушения призрачным.

У продавца может возникнуть выгода от продажи другому, только если первый покупатель не заставит его отдать себе весь выигрыш. Он может сделать это, если докажет, что сам собирался перепродать товар, указав на вторую продажу как на эталон возможной прибыли. Он может сделать это, отсудив товар у второго покупателя, а затем прибыльно перепродал его (в условиях общего повышения цены на этот товар). Второй покупатель тогда обратил бы взыскание на продавца, вернув упущенную выгоду. Продавец потеряет, второй покупатель нет, первый покупатель получит весь выигрыш. У первого покупателя не будет такой возможности, если товар нужен ему самому, а в его отсутствие он понесет убытки. Тогда он взыщет с продавца упущенную выгоду, но продавец может все равно остаться в выигрыше. Второй покупатель в любом случае не получает прибыли, он платит более высокую цену, потому что ему товар нужнее: цена соответствует его интересу. Он просто удовлетворяет свой специфический интерес. Этот случай – когда продавцу неожиданно поступает более выгодное предложение – также сам по себе не предполагает положительный эффект от нарушения договора. Нужно еще, чтобы первый покупатель не мог конкурировать с продавцом за более высокую цену, предлагаемую вторым покупателем: чтобы товар оставался в полном и свободном распоряжении продавца<sup>1</sup>. Впрочем, именно эта ситуация и является предметом нашего интереса, так как именно она может раскрыть положение сторон обязательственного отношения как такового, не отягощенного иными возможностями или гарантиями.

Итак, мы увидели, что выгода от нарушения может образоваться только в том случае, если первый покупатель собирался использовать товар сам (не планировал перепродажу). Именно тогда его упущенная выгода и ее расчет базируется на той цели, которая входила в договор (составляя его конкретную каузу) и которая была расстроена действиями продавца. Расстроена либо окончательно – в случае, если товар единичен и неповторим, либо же лишь поставлена под угрозу – когда товар представляет собой родовую вещь (заменяемую), так что невозможность исполнения исключена, и нарушение объективно представляет собой просрочку, которая может быть исправлена впоследствии.

---

<sup>1</sup> Дж. Гордли показывает, насколько необычна такая возможность и как непросто ее вывести из области, регулируемой правилами о непредвидимом изменении обстоятельств: Gordley J. Foundations of Private Law. Tort, Contract, Unjust Enrichment. Oxford: Oxford University Press, 2006. P. 390 sqq.

В такой ситуации продавец имеет возможность удовлетворить обоих покупателей, возместив первому убытки, вызванные просрочкой, но все же поставив ему товар по оговоренной цене. Вряд ли здесь уместна постановка вопроса о присуждении к исполнению в натуре. Продавец исполнит не потому, что исполнение возможно, и не потому, что у него можно отсудить сам товар или вынудить его совершить поставку. Он делает это просто потому, что торговля таким товаром, товаром такого рода (*genus*) составляет его обычную хозяйственную деятельность. Не угроза присуждения в натуре, а существо обязательства стимулирует исполнение поставки. Заметим, что в данном случае нарушение повлекло выгоду для одной стороны и не причинило некомпенсированных потерь другой (т.е. даже было Парето-эффективным). С позиций экономической выгоды и стимулирования должника к исполнению возможность присуждения к реальному исполнению родового обязательства (предусматриваемая, например, § 243 ГГУ) предстает совершенно иррелевантной. Введение законом такой меры защиты не находит с этих позиций никакого оправдания.

В случае же нарушения обязанности по переносу прав собственности на индивидуально-определенную вещь (*certam rem dare*) *efficient breach* можно предполагать, только если у первого покупателя нет возможности объявить выигрыш продавца упущенной выгодой, т.е. тогда, когда перепродажа была исключена, а цель покупателя, интегрированная договором, заключалась в использовании вещи им самим. Ожидаемая покупателем выгода такого использования и составит те предвидимые убытки, которые только и можно взыскать с неисполнительного должника (*expectated damages*). В этих условиях выигрыш продавца-нарушителя может превысить полные убытки первого покупателя, так что при полной компенсации одной стороны другая будет все равно в выигрыше.

Может ли допущение требования принудительного отобрания такой вещи (известное всем правопорядкам) стимулировать должника к воздержанию от нарушения? С позиций поиска Парето-выгоды, разумеется, нет. Более того, в перспективе экономического подхода такое нарушение (вторая продажа) приведет к перемещению ценности в руки того, кто готов за нее заплатить дороже, а значит, общая эффективность распределения благ только повысится. По прямому положению закона возможность отобрания вещи у должника парализуется передачей ее третьему лицу (ст. 398 ГК РФ), иными словами, допущение присуждения в натуре отнюдь не исключает нарушения. О каком стимулировании должника может идти речь, если право само предназначало ему порядок ухода от принуждения и сохранения результатов нарушения?

Выражение «регулирование поведения» следует признать крайне неудачным. Оно ориентирует на приземленное (лишенное понятийного опосредования) представление о непосредственном вмешательстве права в материальную сферу, к которой принадлежит поведение людей. Чтобы выдержать научное представление об общественном характере возникающих в праве связей (отношений), в свете такой терминологии требуется переосмыслить слово «регулирование», привнести в него социальную нагрузку, чрезмерно отстоящую от первичного значения, будто право не управляет поведением людей непосредственно (как слышится смысл выражения *prima facie*), но упорядочивает его, преобразуя в формально опосредованные нормой отношения. Даже при таком мысленном усилии объект приложения действия права — «поведение» — по-прежнему приземляет понимание; его первичный смысл создает понятийное сопротивление, препятствующее выходу на требуемый уровень абстрагирования. Право не регулирует поведение, не меняет течение хозяйственной жизни, напротив, оно составляет ее неотъемлемое свойство на определенном уровне общественного развития. Это свойство связано с идеей порядка, организации и формы общественной жизни. Оно выстраивается на уровне явлений, характеризующих общество как целое. Право относится к нормативным определениям (свойствам, характеристикам) социального. Социальное (относящееся к обществу в целом) присутствует в каждом отдельном акте, в каждом взаимодействии как составляющем общество элементе. Изучать (познавать, обсуждать) право — значит обращаться к этому надперсональному и надматериальному свойству общественной жизни (включающей и *поведение*). Говоря о правовых взаимодействиях, мысленно выделяют именно формальный, нормативный аспект, понимание которого приближает к познанию общества. Правовое *регулирование* — это в действительности мысленное выделение, обособление определенного социального свойства поведения, взаимодействия людей как членов общества. Право не привносится в общественную жизнь извне, нельзя урегулировать какое-либо фактическое явление, поскольку распространенное и повторяющееся в обществе само получает нормативное измерение и выступает как явление правовое. Можно удачно и своевременно отразить это право в законе, оказав регулятивное воздействие на данную сферу общественной жизни<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Можно и запретить новый тренд как нежелательный. В таком случае не «право» определит дальнейшее поведение людей, а закон объявит недопустимым определенное поведение и установит санкцию за нарушение; *девиантное поведение* в контексте такого закона будет не «урегулированным», а незаконным (противоправным).



Однако позитивное право не будет «регулировать поведение», оно станет фактором развития нормативной стороны (аспекта) взаимодействий данного вида. Закрепление в позитивном праве (регулировании) будет способствовать определенности решений судов и внесудебному разрешению споров, приведению в исполнение судебных и третейских решений и иным (как кажется, собственно правовым) аспектам функционирования данной общественной сферы или отдельного института. При этом норма права, которую суд будет находить в конкретном деле, будет нормой права, а не конкретизированным к данному случаю положением закона (нормой позитивного права), даже если сам суд будет мыслить свои действия в позитивистском ключе.

Сводить содержание права кредитора из обязательства к возможности добиваться от должника определенных действий (определенного «поведения»), даже выдвигать такую возможность в первый ряд многоаспектного и насыщенного правового положения кредитора — значит совершенно извратить подлинно правовой смысл обязательственного отношения, неоправданно сузить содержательное богатство нормативной связи между сторонами обязательства.

Обращение к суду за понуждением должника к исполнению не просто означает насилие — теперь уже публично-властное — над личностью, которое якобы может быть оправдано присущим праву принудительным характером. Оно означает поражение ожиданий кредитора, отказ от тех преимуществ, которыми его наделило право. Полагать, что право, урегулировав отношение, предписало должнику определенное поведение, которое на этапе ответственности уже приводится в исполнение силой государственной власти (и тем самым лишь реализует предписанную санкцию), — значит отказаться от понимания свойственного праву формального опосредования, пренебречь его общественной природой и допустить вторжение права как властной организующей силы в материальную жизнь, в сферу физических явлений.

Предметом правового регулирования выступают именно отношения — связи, опосредованные нормативной системой, явления формального уровня. Трактовка мер защиты как необходимого стимула надлежащего поведения должника выносит вопрос за рамки правовых отношений, принимая за предмет исследования абстрактные нежизнеспособные схемы, выдвинутые в рамках экономического анализа права, которые не приближают к пониманию обязательства как явления правового.

Как наказание неисправного должника не может сводиться к механически исчисляемым экономическим последствиям, так и «стимул»

надлежащего исполнения заключается отнюдь не в том, чтобы получить выгоду или избежать потерь. Любой антрополог покажет, что жизнь общества существенно богаче по содержанию и не строится в прямой зависимости от экономических критериев. Обсуждение правовых явлений вне матрицы правовых понятий и категорий лишено научной перспективы. Критика концептуальных оснований идеи «стимулирования» поведения<sup>1</sup> подрывает научное значение подобного подхода, лишая его познавательного значения применительно к нашей теме. Эта концепция упоминается здесь не из-за отсутствия способных конкурировать с ней по информационной насыщенности, ясности изложения, объему посвященных проблематике договорной ответственности текстов. Она аккумулирует полувековой опыт целого направления, которое, выраженно отрицая традицию научного изучения права, тем не менее сближается по результатам с советским опытом, представляя, как в кошмарном сне, не просто возможные, но уже воплощенные (и в идеях, и на практике) последствия пренебрежения основами юриспруденции.

Дегуманизация и деконцептуализация социального дискурса сближает подход «экономического анализа права» с советской «научной школой», исходившей из правоотрицающей идеологии марксизма-ленинизма. Объявляя стремление к выгоде недостойным строителя коммунизма, советские авторы приходили к необходимости регулировать и стимулировать поведение людей с противоположного полюса, получая в итоге сходный бесчеловечный, этически неприемлемый и научно бесплодный результат.

## **5. Юридическая природа присуждения к исполнению в натуре**

Заявляя требование об исполнении, кредитор преследует свое право, которое опирается на обязанность должника совершить предоставление (ст. 307 ГК РФ)<sup>2</sup>. Такое требование относится к первичному предоставлению, и его удовлетворение не является мерой ответственности.

Исходя из аксиоматичности права кредитора требовать исполнения и соответствующей исковой защиты, Х. Кётц ставит вопрос о технике

---

<sup>1</sup> Познер Р. Указ. соч. С. 4: «Концепция человека как рационального максимизатора личной выгоды подразумевает, что люди реагируют на стимулы...».

<sup>2</sup> Адепты теории performance-oriented interest проповедуют, напротив, взгляд со стороны кредитора: Hogg M. Promises and Contract Law: Comparative Perspectives. Cambridge: Cambridge University Press, 2011. P. 348, 349 ; Mak V. Performance-Oriented Remedies in European Sale of Goods Law. Oxford: Hart Publishing, 2009. P. 58–60.

приведения в исполнение подобных решений<sup>1</sup>. Вопрос решается применением силы публичной власти (судебных исполнителей), когда речь идет об отобрании вещи (в том числе по вещному иску). Однако когда содержание предоставления заключается в совершении действий, то выполнение этих действий другим лицом автор причисляет к «техникам» приведения в исполнение судебных решений, присуждающих должника в натуре: суд наделяет кредитора по его ходатайству правом поручить выполнение действий, предусмотренных обязательством, третьему лицу за счет должника. Это так называемое альтернативное исполнение (Ersatzvornahme – § 887 ZPO). Такое обязательство считается «передаваемым» (vertretbar), в отличие от обязательства, которое должник должен исполнить лично.

Для личных действий предусматриваются стимулирующие меры – штрафы или даже уголовные санкции. Применение таких принудительных мер ограничено конституционными правами должника. Так, нельзя вынуждать должника к созданию нормальных семейно-брачных отношений или к исполнению трудового договора (последнему препятствует неотъемлемое право работника свободно распоряжаться своей рабочей силой). Подобные исключения специально перечислены в § 888 ZPO. Исключение предполагает правило. Правилom будут меры, вынуждающие должника к личному исполнению обязательства. Можно ли ставить в один ряд с этими мерами возложение исполнения на третье лицо за счет должника? Аберративный подход Кетца развивается при изложении французского права, где возложение исполнения на третье лицо при «передаваемых» обязательствах также причисляется к принудительному исполнению судебных решений<sup>2</sup>. Идея реального исполнения, выдвинутая на первый план, затмевает ученому подлинную перспективу договорной ответственности. Этот перекоc отражает действующее в немецком праве регулирование, которое даже заменяющую сделку допускает только в судебном порядке, несмотря на то что принудительность здесь сводится к взысканию с должника понесенных кредитором расходов. Возложение исполнения на третье лицо не является альтернативой возмещению убытков: получив исполнение от третьего лица, кредитор сохраняет право на компенсации, если он все же понес убытки. Иными словами, даже выраженный переход к взысканию с должника денежного эквивалента за неисполнение (что и позволяет возложить исполнение

---

<sup>1</sup> Цвайгерт К., Кётц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. Т. II. Договор. Неосновательное обогащение. Деликт. М.: Междунар. отношения, 2000. С. 202.

<sup>2</sup> Там же. С. 205.

на третье лицо) трактуется как принудительное первичное исполнение, вопреки реальности.

Такое искажение может иметь только когнитивные причины. В действительности же даже в немецком праве принудительное исполнение достижимо только в отношении обязательств *in dando* (к которым традиционно приравниваются и обязательства по передаче — *in tradendo*), тогда как в остальных случаях должник освобождается от долга, уплатив денежную компенсацию. Практика понуждения должника к личному исполнению угрозой штрафа или даже тюремного заключения представляет собой не защиту частного права стороны в обязательстве, а эксцессы правосудия, защищающего авторитет судебной власти ценой дискредитации ценностей права. Прямой конфликт с конституционными правами граждан выставляет критикуемый подход формой произвола публичной власти, действующей в прямом противоречии с правовыми принципами, которые она призвана поддерживать и в которых она — теоретически — только и может обрести свое основание.

Рассуждения английских юристов в категориях «первичная — вторичная обязанность» (*primary/secondary duty*) относятся не к средствам защиты: получение реального исполнения противопоставляется защите права<sup>1</sup>, тогда как присуждение к исполнению в натуре по праву справедливости (*Equity*) является именно средством защиты (*remedy*), к которому обращаются, когда исполнение не последовало<sup>2</sup>.

В немецкой же доктрине требование об исполнении — лишь основание для требования о возмещении убытков, которое имеет в структуре договорной ответственности первичное значение. Это положение затемняется учением о невозможности исполнения как основании исключения ответственности, выдвинутым Ф. Моммзенем<sup>3</sup>. Поддержанное Б. Виндшейдом, оно стало теоретическим основанием регулирования договорной ответственности в ГГУ, надолго определив неадекватную трактовку требования об исполнении в немецкой юридической науке<sup>4</sup>. Невозможность исполнения противопостав-

<sup>1</sup> В знаменитых словах лорда Диплока «первичная обязанность» должника как главная цель кредитора предстает ожидаемым результатом добровольного поведения: *Photo Production Ltd. vs Securicor Transport Ltd.* [1980] AC 827; 848 (HL) per Lord Diplock.

<sup>2</sup> Birks P., *Rights, wrongs, and remedies* // OJLS. 20. 2000. P. 27 ; Smith S.A. *Substitutionary Damages* // Ch.E.F. Rickett (ed.) *Justifying Private Law Remedies*. Oxford: Hart Publishing, 2008. P. 98 ; Rowan S. *Remedies for Breach of Contract. A Comparative Analysis of Protection of Performance*. Oxford: Oxford University Press, 2012. P. 11.

<sup>3</sup> Mommsen F. *Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluß auf obligatorische Verhältnisse*. Braunschweig: Schwetschke, 1853.

<sup>4</sup> См.: Цвайгерт К., Кётц Х. Указ. соч. С. 221.

лялась Ф. Моммзенем просрочке. При этом, даже если исполнение оставалось возможным, но теряло интерес для кредитора, кредитор мог истребовать убытки (ср. п. 2 ст. 405 ГК РФ). Связанность кредитора отношениями долга, до тех пор пока исполнение остается возможным, проявляется в том, что кредитор для истребования убытков должен доказать, что исполнение потеряло для него интерес. Кредитор не имеет права выбора средств защиты<sup>1</sup>. Реализация его подлинного интереса в возмещении убытков блокируется тем, что отношение по исполнению (отношение долга — *Schuldverhältniss*) еще не перешло в отношение ответственности (*Haftung*). Функцию перевода отношения на стадию ответственности и выполняет концепт невозможности исполнения. Понимаемая формально (собственно юридически) невозможность исполнения в учении Ф. Моммзена означает, что должник более не может уйти от ответственности, предложив кредитору исполнение, тогда как просрочка сохраняет для должника возможность исполнить (выйти из просрочки)<sup>2</sup>. Отношение развивается в сторону все большей формализации и исключения материального момента, преодоления фактического (зависимости от случайностей действительности)<sup>3</sup>. Так раскрывается подлинно правовая природа обязательственного отношения, момент свободы, заключенный в праве.

Противопоставление двух функций невозможности исполнения в обязательственном праве: прекращение обязательства (освобождение должника от ответственности за неисполнение) и перевод требования об исполнении в натуре в требование о взыскании убытков сегодня представляют как результат спора между Ф. Моммзенем и Ф.К. фон Савиньи<sup>4</sup>. В действительности учение Савиньи об изменении содержания договора или преобразовании обязательства не связано с учением о невозможности. В обзоре М. Шермайера в Историко-критическом

---

<sup>1</sup> См.: Карапетов А.Г. Расторжение нарушенного договора в российском и зарубежном праве. М.: Статут, 2007. С. 335. Признание необходимости доказывать утрату интереса в исполнении, очевидно, равнозначно признанию того, что свобода выбора средств защиты у кредитора существенно ограничена.

<sup>2</sup> Bachmann G., Schirmer J.-E. Leistungs- und Schutzpflichten in der Zivilrechtsdogmatik. Zum Erfüllungsanspruch aus Schutzpflichten // *Privatrechtsdogmatik im 21. Jahrhundert: Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 80. Geburtstag*. Grigoleit H. Chr., Petersen J. (Hsbg.). Berlin: De Gruyter, 2017. S. 380.

<sup>3</sup> Дождев Д.В. Римское частное право. М.: Норма, 2008. С. 505.

<sup>4</sup> См.: Громов А.А. Влияние невозможности исполнения на право кредитора потребовать исполнения обязательства в натуре // *Вестник гражданского права*. 2016. № 3—4; 2016. № 4. С. 57 и сл.

комментарии к ГГУ<sup>1</sup> отмечается неустойчивость терминологии: если в «Системе современного римского права» Савиньи говорит о «метаморфозе» (*Metamorphose*)<sup>2</sup>, а в лекциях по пандектному праву об «изменении содержания договора» (*Modification des Vertragsinhalts*)<sup>3</sup>, то в «Обязательственном праве» он говорит о «преобразовании» (*Umwandlung*)<sup>4</sup>. Однако в последнем случае имеется в виду новация. Автор выделяет два вида преобразований: замену лица и «изменение содержания договора» (*Veränderung des Inhalts des Vertrages*) в связи с его нарушением<sup>5</sup>. О нарушении договора и возникновении средств защиты Савиньи говорит в заключительной части «Обязательственного права», посвященной деликтам (§ 82)<sup>6</sup>:

«Деликты редко порождают особые обязательства, обычно они вызывают лишь средства защиты, которая состоит в приведении фактического состояния к истинно юридическому. Такая простая защита совпадает с понятием искового права (о котором говорилось выше — «Система», т. 5 § 205). Примерами подобной простой защиты помимо деликтов, являются виндикация, иски о сервитутах и о залоге, иски из договоров, будь они вызваны прямым отказом исполнять договор, или видоизменениями, внесенными в договор в связи с *dolus, culpa, mora*»<sup>7</sup>.

Итак, мыслитель говорит об изменении (преобразовании) обязательства вследствие виновного неисполнения или просрочки. По мысли ученого, в этом случае возникает новое отношение, которое заключается в требовании исправить нарушение, привести фактическое положение нарушителя к тому, которое соответствует праву, и в этом смысле сближается с деликтным правоотношением. О невозможности исполнения речь идет совсем в другом разделе «Обязательственного права»<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> Schermaier M.J. § 275 // Historisch-Kritische Kommentar zum BGB. M. Schmoeckel, J. Ruckert, R. Zimmermann (Hgs.). Bd. II: Schuldrecht: Allgemeine Teil §§ 241–432. Redaktion R. Zimmermann. Mohr Siebeck, 2007. S. 973.

<sup>2</sup> Здесь автор дает явно неверную ссылку: Savigny F.C. von. System des heutigen römischen Rechts. Bd. 1. Berlin, 1841. S. 393. На этой странице начинается § 59 о классификации. См.: Савиньи Ф.К. фон. Система современного римского права. Т. I / пер. с нем. Г. Жигулина; под ред. О. Кутателадзе, В. Зубаря. М.: Статут, 2011. С. 490.

<sup>3</sup> Savigny F.C. von. Pandektenvorlesung 1824/25 // H. Hammen (Vg.). Ius Commune — Sonderhefte. Berlin, 1993. S. 255.

<sup>4</sup> Savigny F.C. von. Das Obligationenrecht als Theil des heutigen römischen Rechts, Bd. 2. Berlin, 1853. S.1.

<sup>5</sup> Ibid. S. 5.

<sup>6</sup> Ibid. S.294.

<sup>7</sup> Савиньи Ф.К. фон. Обязательственное право / пер. В. Фукс, Н. Мандро. М., 1876.

<sup>8</sup> Savigny F.C. von. Das Obligationenrecht. Bd. 1. Berlin, 1851. S. 382.

Проследим отсылку к учению о праве на иск (исковом правоотношении), представленном в 5-м томе «Системы» (§ 205 Klage):

«Нарушение нашего права мыслимо, однако, лишь как деятельность определенного нарушителя, с которым мы состоим в особом, новом правоотношении; содержание этого отношения в общем можно определить как то, что мы требуем от этого противника исправления нарушения. Это требование против определенного лица и об определенном действии имеет, следовательно, природу, подобную обязательству (§ 56); потерпевший и нарушитель, или истец и ответчик, рассматривают друг друга как кредитора и должника. Однако поскольку это новое отношение остается в границах чистой возможности и еще не привело к определенному фактическому действию потерпевшего, мы не можем усматривать в нем подлинное, совершенное обязательство; это, скорее, лишь рифма такого, которая все же в ходе естественного развития перейдет в настоящее обязательство.

Описанное здесь отношение, возникающее из правонарушения, называется правом на иск или иском, если указывать этим выражением на чистое правомочие потерпевшего...»<sup>1</sup>.

Учение о преобразовании обязательства вернее связывать с именем Г. фон Пухты<sup>2</sup>, в курсе которого оно получает цельное изложение<sup>3</sup>. У Савиньи ответственность представлена как чисто процессуальное отношение, которое можно уподобить обязательственному, так как оно направлено на конкретное лицо, от которого требуется определенное действие (и его стороны — истец и ответчик — воспринимают друг друга как кредитора и должника), но оно — лишь подобие полноценного обязательства, поскольку представляет собой чистую возможность, еще не реализованную в искомое материальное положение потерпевшего.

<sup>1</sup> Savigny F.C. von. System des heutigen römischen Rechts. Bd. 5. Berlin, 1841. S. 5: «Die Verletzung unsere Rechte aber ist nur denkbar als Thätigkeit eines bestimmten Verletzers, zu welchen wir dadurch in ein enenes, neues Rechtsverhältniß treten; der Inhalt dieses Verhältnißes läßt sich im Allgemeinen dahin destimmen, daß wir von diesem Gegner die Aufhebung der Verletzung fordern. Dieser Anspruch gegen eine bestimmte Person und auf eine bestimmte Handlung hat demnach eine den Obligationen ähnliche Natur (§ 56); der Verletzte und der Verletzer, oder der Kläger und der Beklagte, sehen einander gegenüber wie ein Glaubiger und ein Schuldner. So lange jedoch dieses neue Verhältniss in den Grenzen einer bloßen Möglichkeit bleibt, und noch nicht zu einer bestimmten Thätigkeit des Verletzten geführt hat, können wir es nicht al seine wahre, vollendete Obligation ansehen; es ist vielmehr erst der Reim einer solchen, der jedoch auf dem Wege natürlicher Entwicklung in eine wahre Obligation übergeht. Das hier beschriebene, aus der rechtsverletzung entspringende Verhältniß heißt Klagerecht oder auch Klage, wenn man diesen Ausdruck auf die bloße Befugniß des Verletzten bezieht...».

<sup>2</sup> См.: Würtwein S. Zur Schadenerzatzpflicht wegen Vertragsverletzung im Gemeinenrecht des 19. Jahrhunderts. Berlin: Dunker & Humblot, 1990. S. 66 sqq.

<sup>3</sup> Puchta G.F. Pandekten. 3 Aufl. Leipzig, 1845. S. 349 (§ 240); 376 (§ 263).

В этом рассуждении примечательно противопоставление возникающего вследствие нарушения обязательства «охранительного» отношения как чистой возможности подлинному обязательственному отношению, которое понимается автором как деятельность (*Thätichkeit*). Эта материальность не снимается учением о чистом количестве в 1-м томе «Системы», позволяющей включить обязательство в имущественные активы кредитора<sup>1</sup>, напротив, положение кредитора может трактоваться как имущественная ценность именно потому, что оно, в отличие от чистой возможности, от чистого правомочия требовать исправления, обладает действительностью, реализовано и принадлежит миру фактического. Ожидание исполнения на стороне кредитора можно отнести к реальности, если свести его к количеству и усмотреть в нем ценность. Ожидание возмещения (исправления) нет, поскольку оно не вышло за рамки чистой возможности.

Оппозиция «потенциальное — действительное (актуальное, реализованное)» не совпадает с оппозицией «формальное — материальное», «интеллектуальное — телесное». Допуская действительность ожидания на стадии исполнения и отрицая таковую за ожиданием на стадии ответственности, Савиньи остается верен своему пониманию обязательства как власти (фактической) над личностью должника в определенном отношении<sup>2</sup>. Именно власть (фактический контроль) позволяет усматривать в обязательстве имущественную ценность, которая еще до исполнения принадлежит кредитору. Нарушение обязательства отри-

<sup>1</sup> Савиньи Ф. К. фон. Система современного римского права. Т. I. С. 480—481: «...в общем рассмотрении единоличного имущества мы можем абстрагироваться от свойств отдельных прав, из которых состоит имущество, и благодаря такой абстракции оно превращается в нашем рассмотрении в чистое количество однородного содержания». И далее (с. 481): «Такой чисто количественный подход к имуществу, без которого пользование правом было бы весьма несовершенным, достигается с помощью понятия «ценность», или сравнения разнообразных имущественных прав путем сведения к общему третьему. Само это понятие, в свою очередь, является внешним выражением и вводится в реальную жизнь через *деньги*: собственность на любую другую вещь, все *jura in re*, простое пользование вещью (естественно, с особым учетом продолжительности пользования) и, наконец, обязательства, т.е. требования и долги, независимо от того, нацелены они на приобретение вещных прав и пользование ими или нет (*dare, facere*)».

<sup>2</sup> Там же. С. 460: «Первым возможным отношением к чужому лицу является такое, при котором оно включается в сферу нашего произвола подобным же образом, как и вещь, т.е. подчиняется нашему господству. ...Это господство должно распространяться не на все чужое лицо, а только на отдельное действие такового; тогда это действие представляется подчиненным нашей воле, исключенным из свободы действующего лица. Подобное отношение господства над отдельным действием чужого лица мы называем *обязательством*». Ср. Savigny F.C. von. Das Obligationenrecht, Bd. I. S. 4: Sie besteht in der Herrschaft über eine fremde Person (Оно [обязательство] заключается в господстве над чужим лицом).



мает у кредитора эту определенность (подобно деликту, который влечет прямые имущественные потери), несмотря на правовую действительность требования об исправлении. Мыслитель не осмеливается сказать, что кредитор сохранил в целости свое имущественное положение, несмотря на нарушение (как и потерпевший от деликта, которому право восполняет имущественные потери, предоставляя требование к нарушителю в искомом объеме). Для него возникновение требования об исправлении не возмещает упущенное благо, ожидавшееся от исполнения, непосредственно, но лишь создает *возможность* исправления.

В этой логике ожидание исполнения также должно трактоваться как потенция, но не как имущественный актив. Степень надежности и уверенности в совершении должником действий, ожидаемых от него по обязательству, не может быть ниже, чем степень надежности взыскания по суду. Тем не менее ожидание предоставления Савиньи включает в имущество, а ожидание взыскания ответственности — нет. Первое — фактическое, тогда как второе — «чистая возможность». Неизбежность присуждения должника к исправлению нарушения — это то, что определяет надежность ожидаемого исполнения. Только в перспективе взыскания за нарушение можно говорить о контроле кредитора над действиями должника. Отказывая ответственности в имущественном значении, выводя ее за рамки обязательства, мыслитель подрывает и собственное учение об имущественной ценности позиции кредитора. Эта позиция объективно отрицает понимание обязательства как правового отношения. Трактовка обязательства (и имущества) как фактического положения (соответствующего требованиям права), активного положения кредитора — как власти над личностью должника, обязательственного отношения — как господства и подчинения, а не равенства перед нормой права, — все эти постулаты оказываются в противоречии с принципами права.

Концепция Савиньи вдохновлялась учением Канта («Метафизические начала учения о праве» (1797) п. 101)<sup>1</sup>, истоки которого можно проследить до Гуго Гроция, по которому, обязательство состоит в отчуждении «частицы свободы» (*particula libertatis*) должника в пользу кредитора<sup>2</sup>. В этих суждениях обязательство выступает не как способ

---

<sup>1</sup> См.: Cardilli R. *Damnatio e oportere nell'obbligazione*. Napoli: Jovene, 2016. P. 7–12.

<sup>2</sup> Гроций Г. О праве войны и мира. Кн. 2. М.: Ладомир, Гл. IX. § 2–5. О допустимости присуждения к исполнению в натуре в правовой мысли Средних веков см.: Nelsen von Stryk K. *Grenzen des Rechtszwangs: zur Geschichte der Naturalvollstreckung* // AcP. 193. 1993. S. 529–555; Repgen T. *Vertragstreue und Erfüllungszwang in der mittelalterlichen Rechtswissenschaft*, Paderborn: Schöningh, 1994; Dondorp H. *Einflüsse des kanonischen Rechts auf die Lehre*

существования свободы, не как гарантия неприкосновенности личности и имущественной целостности должника, не как свобода участников правовых отношений, которая утверждается на обеих сторонах обязательства — и в отношении кредитора, и в отношении должника, — а как умаление свободы, как форма подчинения одного лица другому. Понууждение к исполнению в этой перспективе выступает естественным реализационным правом кредитора на получение предоставления. Учение же о количественном измерении обязательственного требования, которое при последовательном развертывании понятия приводит к признанию права на взыскание убытков как подлинной реализации (и конечной цели обязательства в философском смысле<sup>1</sup>) права кредитора как имущественного, затемняется идеей господства над личностью (права на действие) должника, так что взыскание убытков предстает суррогатом исполнения, вторичным и вспомогательным средством защиты, маркирующим поражение интереса кредитора в первичном (реальном) исполнении.

Восстановление подлинного соотношения первичного и вторичного исполнения, приоритет убытков в структуре практического интереса, отвечающего реалиям рыночного хозяйства, связано с именем Ульриха Хубера, программная работа которого сегодня доступна в русском переводе<sup>2</sup>.

Автор фундаментального труда о нарушении обязательства<sup>3</sup> У. Хубер возглавлял комиссию по реформированию обязательственного права в Германии. К моменту завершения своего исследования У. Хубер стал убежденным противником реформы, и она была проведена под руководством Клауса-Вильгельма Канариса. Сегодня У. Хубер оценивает реформу как переход от принципа взыскания убытков за неисполнение к взысканию убытков вместо исполнения<sup>4</sup>.

---

des Erfüllungszwangs // ZSS (KA). 126. 2009. S. 128–145 ; Dondorp H. *Precise cogi. Enforcing Specific Performance in medieval legal scholarship* // Hallebeek J., Dondorp H. (eds) *The Right to Specific Performance. The Historical Development*. Antwerp 2010.

<sup>1</sup> Учение об ответственности как подлинно правовом моменте в обязательстве принадлежит А. Бринцу, отвергнувшему идею «господства над предоставлением»: Brinz A. *Begriff der Obligation* // *Kritische Blätter civilistischen Inhalts*. 1853. 3. S. 3–11.

<sup>2</sup> Хубер У. Возмещение убытков вместо предоставления (пер. с нем. А.А. Громова и Ю.В. Старцевой с издания: Huber U. *Schadenersatz statt der Leistung* // *AcP*. 210. 2010. S. 319–353) // *Вестник гражданского права*. 2013. № 6. С. 247.

<sup>3</sup> Huber U. *Leistungsstörungen*. 2 Bde. Tübingen: Mohr Siebeck, 1999.

<sup>4</sup> Подобная трактовка реформы представлена уже в работе: Heinrichs H. *Die Transformation des Erfüllungsanspruchs in einen Schadenersatzanspruch nach deutschem Recht. Eine Skizze des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes* // *ERCL* 3/2006. S. 342–365.

Ученый утверждает: «Для практики на переднем плане стоит требование о возмещении убытков вместо предоставления, а требование об исполнении в натуре имеет дополняющее значение»<sup>1</sup>.

Правопорядок, предусматривающий исключительно требование об исполнении в натуре, не допуская его замены на требование о возмещении убытков, был бы просто неработоспособен, поскольку суд всегда бы отказывал в защите в случае невозможности исполнения, при невозможности принуждения к исполнению в натуре или если кредитор утратил к нему интерес. Поэтому важно, чтобы кредитор имел возможность заявлять требование о возмещении убытков даже тогда, когда исполнение в натуре остается возможным. Отсюда тенденция последних изменений в законе, которая заключается во все большем упрощении для кредитора возможности перехода к истребованию убытков.

Если до реформы обязательственного права 2002 г. кредитор был обязан подавать требование об исполнении в натуре и только после того, как присужденный к исполнению должник не исполнял судебное решение в установленный срок, мог потребовать возмещение убытков (§ 283), а в двусторонних обязательствах должен был назначать должнику дополнительный срок для первичного исполнения с указанием, что он не примет исправления после истечения такого срока (§ 326), то после реформы кредитор достаточно поставить дополнительный срок для исполнения (даже не указывая, что после истечения срока он уже не примет исправление), чтобы после безрезультатного истечения срока потребовать возмещение убытков без всяких дополнительных обоснований.

В определенной мере взыскание убытков стало доступнее, однако кредитор по-прежнему первоначально принадлежит требование об исполнении (§ 311 а (2)), которое лишь в определенных случаях может перейти в требование возместить убытки<sup>2</sup>. Немецкий законодатель полагает, что обязательство — это правовая связь, понуждающая к исполнению, так что первичным (и основным) средством защиты кредитора (а по сути — правом кредитора) выступает требование об исполнении. Немецкий законодатель по-прежнему не видит противоречия между фактом неисполнения обязательства и заявлением требования об исполнении в суд, будто факт неисполнения несколько не меняет сущность отношения. Кредитор обращается в суд не за защитой нарушенного права, не за возложением на должника ответственности, не за взысканием, собственно,

---

<sup>1</sup> Хубер У. Указ. соч. С. 250.

<sup>2</sup> Хубер У. Указ. соч. С. 249. Ср.: Там же. С. 249–250. Прим. 4 критику суждения (Unberath H. Die Vertragsverletzung. Berlin: Mohr Siebeck, 2007. S. 285 sq), что требование возместить убытки возникает только в случае нарушения требования об исполнении.

а за понуждением должника к тому действию, к которому его обязывал договор (или иной источник обязательства) и от осуществления которого должник уже выраженным образом отказался.

Здесь едва ли можно говорить о «средствах защиты», прибегая к концепту, свойственному общему праву (*remedies*), в котором разрыв между долгом (первичным предоставлением, которое исполняется добровольно) и ответственностью (вторичным предоставлением, к которому должника можно присудить) выдерживается на принципиальном основании. Присуждение к исполнению в натуре в действительности не предполагает принуждения к реальному исполнению (*precise cogi ad factum*), но лишь стимулирование должника к совершению действий, предусмотренных обязательством, угрозой тюремного заключения или начислением штрафов и пеней (§ 888 ZPO). Перед нами не средство защиты, а средство понуждения должника к исполнению – либо прямое (по решению суда об исполнении), либо косвенное (угроза санкций). В этой логике различие между присуждением к исполнению в натуре и присуждением к возмещению убытков утрачивается, поскольку и та и другая перспектива выступает косвенным понуждением должника к (добровольному) первичному исполнению. При этом ясно, что если взыскание убытков по судебному решению действительно меняет положение сторон и выступает подлинным *взысканием* – обращением соответствующей части имущества должника в имущество кредитора, то присуждение к исполнению взысканием отнюдь не является, оставаясь лишь попыткой повторного (после неудачи получить удовлетворение по договору, в порядке гражданского сотрудничества) понуждения должника к совершению действия, требовавшегося от него по обязательству, но уже по суду, на основании судебного решения.

Однопорядковость положения сторон после такого судебного решения подчеркивается еще и тем, что суд непременно установит дополнительный срок исполнения (*Nachfrist*) – ничем не отличающийся по своему юридическому действию от того дополнительного срока, который прежде безрезультатно установил должнику кредитор<sup>1</sup>. Неудивительно, что А.Г. Карапетов говорит о бессмысленности обращения в суд<sup>2</sup>. Эта же критика может быть адресована и к защитникам новейших измене-

<sup>1</sup> Практика дополнительного срока восходит к регулированию договора купли-продажи во Всеобщем германском торговом уложении 1861 г. См.: Huber U. Leistungsstörungen. Bd. 2: Der Folgen des Schuldnerverzugs – die Erfüllungsverweigerung und die vom Schuldner zu vertretende Unmöglichkeit. Köln, 1981. S. 324 sq.

<sup>2</sup> Карапетов А.Г. Иск о присуждении к исполнению обязательства в натуре. М.: Статут, 2003. С. 10–11.

ний в ГК РФ (ст. 308.3), которые усматривают в перспективе наложения судебного штрафа требуемое понуждение должника к первичному исполнению обязательства. Право кредитора терпит полное поражение именно потому, что положение сторон трактуется так, будто никакого нарушения со стороны должника еще не последовало. Вменение кредитору единственно возможного интереса — интереса получить первичное исполнение, сведение обязательственного отношения к долгу — праву требовать исполнения от должника, отказ от учета формального измерения правоотношения — все это не позволяет укрепить правовое положение кредитора после просрочки, которое, как и прежде, признается находящимся на уровне исполнения (и возможных случайных препятствий к нему), а кредитор остается связан фактическими обстоятельствами, не имея близких перспектив перевести их в формально-юридические.

Когда Хубер говорит об освобождающей функции невозможности исполнения как о первичной<sup>1</sup>, то тем самым меняет местами мнимую и истинную побудительную причину реформы. Между тем он отмечает, что сегодня эту функцию невозможности следует выводить от противного из ряда положений (§§ 283, 281 (1), 311 a (2)), тогда как до реформы она прямо следовала из § 275. В действительности из § 275 следовала именно функция *перевода* требования об исполнении в натуре в требование о взыскании убытков (пореформенный § 275 (1))<sup>2</sup>. Освобождение должника и прекращение обязательства — очевидный, но лишенный какой бы то ни было концептуальной нагрузки эффект невозможности исполнения, восходящий к римскому принципу недопустимости ответственности за непреодолимую силу. Напротив, невозможность исполнения в функции перевода — когда невозможность исполнения означает тем самым и недопустимость предъявления требования об исполнении — составляла подлинный смысл § 275, который в устойчивом искаженном понимании создавал догматическую проблему, так и не снятую реформой обязательственного права<sup>3</sup>. Приравнивание неспособности исполнить (так называемой субъективной невозможности) к невозможности объективной (для всех и каждого) получает объяснение только с позиций функции перевода, тогда как освобождения от обязательства субъективная невозможность (которая на деле

---

<sup>1</sup> Хубер У. Указ. соч. С. 255.

<sup>2</sup> Критику реформы с этих позиций см.: Lobinger T. Die Grenzen rechtsgeschäftlicher Leistungspflichten. Zugleich ein Beitrag zur Korrekturbedürftigkeit der §§ 275, 311a, 313 BGB n.F. Tübingen: Mohr Siebeck, 2004.

<sup>3</sup> См.: Цвайгерт К., Кётц Х. Указ. соч. С. 253.

может означать только чрезмерную затруднительность) вести к прекращению обязательства не должна<sup>1</sup>.

Положение о предпочтительности взыскания убытков восходит к Эрнсту Рабелю<sup>2</sup>. Х. Кётц говорит о стремлении предпринимателей заменить исполнение в натуре денежными выплатами<sup>3</sup>. Сходные суждения традиционны для английских авторов<sup>4</sup>. Современные исследователи, развивая идеи У. Хубера, приводят догматические и экономические обоснования большей привлекательности убытков перед реальным исполнением<sup>5</sup>. Оправдание допустимости присуждения в натуре предстает отныне в совершенно ином виде. Томас Рим детально обсуждает экономические преимущества присуждения в натуре, основное из которых состоит в сохранении инвестиций должника, сделанных в целях осуществления исполнения<sup>6</sup>. Исследователь выделяет интерес должника в предоставлении (*Leistenerbringungsinteresse*)<sup>7</sup>, выступая в защиту присуждения в натуре как формы понуждения кредитора к принятию исполнения. С позиций различения долга (этапа исполнения) и ответственности (этапа окончательного перевода отношения в формальное измерение) признание за должником интереса в осуществлении исполнения (*Naturalandienunginteresse*)<sup>8</sup> выступает способом извинения несвоевременного исполнения, попыткой задержать развитие отношения на этапе, еще допускающем уход от ответственности самостоятельными действиями (*Tätigkeit*) должника. При таком подходе оправдание получает не понуждение к исполнению, а назначение дополнительного срока для исправления (*Nachfrist*),

<sup>1</sup> Понятие субъективной невозможности (затруднительности – *Unvermögen*) вводит именно Ф. Моммзен (Mommesen F. Op. cit. S. 2 sq. Anm. 5). Для Савиньи невозможность исполнения допускала только объективную трактовку. См.: Schermaier M. Op. cit. S. 958–959. См. однако: Savigny F.C. von. Das Obligationenrecht. Bd. 1. S. 384. Об оппозиции «объективная – субъективная невозможность»: Huber U. Leistungsstörungen. S. 104 sqq.

<sup>2</sup> Rabel E. Das Recht des Wahrenkaufs. Bd. I. Weimar, 1936. S. 375 sq.

<sup>3</sup> Цвайгерт К., Кётц Х. Указ. соч. С. 216.

<sup>4</sup> Beale H. Remedies for Nonperformance // Contract Law. Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe. H. Beale, A. Harkamp, H. Kötz, D. Tallon (eds.). London: Hart Publishing. 2002. P. 710 sqq.

<sup>5</sup> Grigoleit H. Chr., Riehm Th. Die Kategorien des Schadensersatzes im Leistungsstörungenrecht // AcP. 203. 2003. 727–762 ; Riehm Th. Der Grundsatz der Naturalerfüllung (= Jus Privatum. Bd. 191). Tübingen: Mohr Siebeck. 2015. S. 66 sq ; Schwarze R. Das Recht des Leistungsstörungen. 2 Aufl. De Gruyter, 2017. § 17.

<sup>6</sup> Riehm Th. Der Grundsatz der Naturalerfüllung. S. 200–208.

<sup>7</sup> Ibid. S. 52.

<sup>8</sup> Ibid. S. 228 sqq.

откладываящее неизбежное денежное присуждение, окончательно освобождающее кредитора от нерадивого должника.

## 6. Затратность принуждения и ценность требования об исполнении в натуре

Непропорциональность тяжести принудительных мер, применяемых к должнику, заинтересованности кредитора в получении исполнения в натуре выдвигается и английскими судами как основание приоритета взыскания убытков в случае неисполнения<sup>1</sup>.

Экономический анализ затрат на приведение в исполнение решений о присуждении в натуре (*enforcement costs*) объясняет, почему в международной торговле стороны крайне редко выдвигают требование о реальном исполнении, предпочитая убытки в подавляющем большинстве случаев<sup>2</sup>. В единственном найденном авторами деле (из 200 изученных), в котором покупатель добивался от продавца исполнения в натуре на основании Венской конвенции о международной купле-продаже товаров (CISG), арбитраж в Цюрихе, отказывая истцу, указал на обременительность и ненадежность контроля за исполнением<sup>3</sup>. Те же соображения выдвигались датским парламентом в обоснование отказа от присуждения в натуре (с 1916 г., когда был принят Процессуальный кодекс Дании)<sup>4</sup>. В 1989 г. датский парламент вернулся к вопросу, и специальный комитет экспертов отказался вводить присуждение в натуре, отметив чрезмерную затратность процедуры, неизбежный дисбаланс между строгостью принуждения должника к исполнению и заслуживающим защиты интересом кредитора, а также указав на отсутствие в бизнес-среде заинтересованности в подобных мерах<sup>5</sup>.

Речь идет об обязательствах что-либо сделать (*in faciendo*), в отношении которых к XVII в. утвердился принцип недопустимости понуждения к исполнению в натуре (*nemo precise cogi ad factum potest*), хотя правило обосновано у Бартола<sup>6</sup> и прослеживается уже со времен Булгара (XII в.). Этот принцип нашел отражение в Кодексе Наполеона.

---

<sup>1</sup> Treitel G.A. The Law of Contract. 14<sup>th</sup> ed. London: Sweet & Maxwell, 2015. P. 1033 sq.

<sup>2</sup> Lando H., Rose C. On the enforcement of specific performance in Civil law countries // International Review of Law and Economics. 2004. 24. 473–487.

<sup>3</sup> Zürich Chamber of Commerce Arbitration Award ZHK 273/95, 31 May 1996// URL: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960531s1.html>

<sup>4</sup> Ibid. P. 479.

<sup>5</sup> Ibid. P. 483.

<sup>6</sup> Dondorp H. Precise cogi. P. 25.

Статья 1142 ФГК прямо исключает присуждение в натуре по обязательствам что-либо сделать или воздержаться от определенных действий (*obligations de faire ou de ne pas faire*), ограничивая возможности защиты требованием о взыскании убытков. Отсюда должно вытекать, что в большинстве случаев кредитор в случае неисполнения получает денежное возмещение. Однако уже с XIX в. доктрина и суды противопоставляли ясным словам закона другие положения, которые предполагают возможность добиваться присуждения в натуре. Во-первых, сам порядок действий кредитора в случае нарушения предполагает требование об исполнении. Статья 1139 формулирует условия объявления должника просрочившим исполнение (*mise en demeure*). Фиксация просрочки позволяет кредитору истребовать вызванные ею убытки (ст. 1146), но также открывает путь к предъявлению требования об исполнении. Напротив, заявление должника о нежелании исполнять обязательство (Civ. 1<sup>e</sup> 24 juillet 1928, *D.P.*, 1930, I, 16), как и молчаливо следующее из обстоятельств намерение должника не исполнять (Com. 3 novembre 1972, *Gaz. Pal.*, 1973, II, 533), оставляют кредитору только требование убытков. Во-вторых, ряд положений других статей Кодекса трактовался в духе *pacta sunt servanda* — как подтверждение верности взятым на себя обязательствам.

Появление судебного штрафа (*astreinte*), сначала в судебной практике, а затем и в законе, как и введение судебного приказа произвести требуемое действие (внесение изменений в ст.ст. 1425-1 — 1425-9 Гражданского процессуального кодекса декретом от 4 марта 1988 г.) стимулировало пересмотр традиционной нормы ст. 1142 вплоть до полного отказа от ее применения<sup>1</sup>. Само деление обязательств по содержанию на обязательства *in dando* (*donner*) и *in faciendo* (*faire*) признавалось утратившим всякое значение в свете утвердившегося примата присуждения в натуре<sup>2</sup>. Даже в ситуации договора на создание или исполнение художественного произведения, которая всегда приводилась в пример недопустимости присуждения в натуре, современная французская доктрина высказывается в пользу наложения судебного штрафа и восста-

<sup>1</sup> Jeandidier V.W. L'exécution forcée des obligations contractuelles de faire // *Rev. trim. dr. civ.* 1976. P. 700 sqq; Viney G. *Traité de droit civil. Les obligations: La responsabilité, effets* (sous la dir. de Ghestin). Paris, 1988. N. 33–36; Wéry P. L'exécution forcée des obligations contractuelles non pécuniaires — Une relecture des articles 1142 à 1144 du C. civ. // *Coll. Faculté de droit de Liège*, 1993. P. 91 sqq.

<sup>2</sup> Lathier I.-M. *The Enforcement of Contractual Obligations: A French Perspective* // *Reforming the French Law of Obligations. Comparative Reflections on the Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription (the 'Avant-projet Catala')* / ed. by J. Cartwright, S. Vogenauer, S. Whittaker. Oxford: Hart Publishing, 2009. P. 127.



новления обязательства (*reintegration obligatoire*)<sup>1</sup>. Таким образом, ст. 1142 ФГК уже в середине XX в. была практически отменена неприменением. Обсуждался лишь вопрос, в какой мере судья *обязан* присудить должника к исполнению. Он обязан, если кредитор сам требует осуществления исполнения (хотя в известных условиях удовлетворение может быть заменено взысканием убытков), а также в случае, когда должник предлагает просроченное исполнение (с соответствующими исправлениями и компенсациями), даже если кредитор требует взыскания убытков<sup>2</sup>.

После реформы обязательственного права 2015 г. (изменения в ФГК вступили в силу с 1 октября 2016 г.) указанные тенденции получили законодательное признание<sup>3</sup>. В ФГК появились две новые статьи, устанавливающие примат присуждения в натуре, тогда как прежние ограничения, уже канувшие в Лету, были отменены.

#### *Статья 1221<sup>4</sup>*

Кредитор по обязательству может, зафиксировав просрочку, добиваться его исполнения в натуре, за исключением случаев, когда исполнение невозможно или существует явная диспропорция между его ценой для должника и интересом в его получении для кредитора.

#### *Статья 1222<sup>5</sup>*

После фиксации просрочки кредитор может также в разумный срок и по разумной цене получить исполнение самостоятельно или, по предварительному одобрению судьи, разрушить то, что было сделано в нарушение обязательства. Он может требовать, чтобы должник возместил ему расходы, произведенные с этой целью.

<sup>1</sup> Viney G. La responsabilité contractuelle en droit français (ou les remèdes à l'inexécution autres que la résolution et la suspension du contrat) // Vacca L. (a cura di), Il contratto inadempito. Realtà e tradizione del diritto contrattuale europeo. Ginevra, 24–27 settembre 1997. Torino: G. Giappichelli editore, 1999. P. 135 sqq, 147.

<sup>2</sup> В последнем случае ссылаются на довольно старое судебное решение: Civ. 19 avril 1928, Gaz. Pal., 1928, I, 820.

<sup>3</sup> Bouchard H. Le nouveau régime de l'inexécution contractuelle // La réforme du droit des obligations en France. 5<sup>èmes</sup> journées franco-allemandes. (Sous la direction de R. Schulze, G. Wicker, G. Mäsch, D. Mazeaud). Paris: Société de législation comparée, 2015. P. 160 sq.

<sup>4</sup> Art. 1221: Le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature, sauf si cette exécution est impossible ou s'il existe une disproportion entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier.

<sup>5</sup> Art. 1222: Après mise en demeure, le créancier peut aussi, dans un délai et à un coût raisonnables, faire exécuter lui-même l'obligation ou, sur l'autorisation préalable du juge, détruire ce qui a été fait en violation de celle-ci. Il peut demander au débiteur le remboursement des sommes engagées à ce fin.

<sup>1</sup> peut aussi demander en justice que le débiteur avance les sommes nécessaires à cette exécution ou à cette destruction.

Он может также требовать по суду, чтобы должник авансировал ему необходимые средства на это исполнение или разрушение.

Статьи ФГК, определяющие расторжение договора в случае неисполнения (1224–1230), предполагают фиксацию просрочки или включение в договор оговорки о расторжении (*clause résolutoire*), что позволяет кредитору избежать судебной процедуры расторжения, тогда как должник в любой момент может оспорить расторжение в суде, что вынудит кредитора представить доказательства серьезности нарушения. Судья же может (ст. 1228) присудить кредитору убытки, расторгнуть договор, или вынести приказ об исполнении договора (с соответствующими компенсациями со стороны должника). Даже в ситуации когда требование о расторжении договора заявлено в суд, французское право отдает предпочтение договору и его реальному исполнению.

Допущение присуждения к реальному исполнению сегодня и в нашем праве сопровождается угрозой судебного штрафа (ст. 308.3 ГК РФ): в пользу кредитора будут взыскиваться штрафные суммы до тех пор, пока должник не исполнит то, что должен<sup>1</sup>. В этих условиях нарушение становится невыгодным. Должник должен будет выкупить вещь у второго покупателя и как можно скорее, чтобы избежать начисления штрафных платежей. Стороны остаются связаны исключительно обязательственным отношением: кредитор не может преследовать вещь в руках третьих лиц. Судебный штраф не просто повышает шансы кредитора на получение исполнения, но представляет собой способ реализации интереса в получении исполнения (требование ст. 308.3 ГК РФ о недопустимости извлечения выгоды из недобросовестного или недобросовестного поведения отвечает принципу, изложенному в п. 5 ст. 1 ГК РФ, и прямо адресовано к должнику, а не к кредитору). По смыслу закона штраф стимулирует исполнение судебного решения, а не самого обязательства, так что он наделяет смыслом судебное решение об исполнении в натуре. Отныне кредитор обращается в суд за таким решением не с целью подтвердить существующее на его стороне право, а с целью реализовать это право при поддержке принудительных мер, введенных судебным решением.

Введение судебного штрафа за неисполнение судебного решения повышает реализационные возможности требования кредитора, выте-

---

<sup>1</sup> Согласно п. 31 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 24 марта 2016 г. № 7 «Об ответственности за нарушение обязательств», суд не вправе отказать в присуждении судебного штрафа в случае удовлетворения иска. Он присуждается по заявлению истца при вынесении решения или в рамках исполнительного производства (ч. 4 ст. 1 ГПК РФ, ч. 1 и ч. 2.1 ст. 324 АПК РФ).

кающего из договора, и его рыночную стоимость, имущественную ценность требования. Однако применительно к обязательству передать в собственность индивидуально-определенную вещь судебный штраф не применим, так как с передачей вещи в собственность третьему лицу право требовать отобрания вещи у должника и передачи ее кредитору отпадает (введение судебного штрафа не сопровождалось внесением изменений в ст. 398 ГК РФ). Если же вещь остается в руках должника, то стимулировать его к исполнению не нужно, так как отобрание вещи и передача ее кредитору производятся не должником, а службой судебных приставов. Стимулом выступает сама возможность силового решения, предусмотренная законом для обязательств такого типа. Значение судебного штрафа как стимула к реальному исполнению ограничивается родовыми обязательствами.

Мы видели, что именно в таких обязательствах дополнительно стимулировать должника не имеет смысла, так как предмет долга составляет нормальную (основную) деятельность должника. По сути, стимулируется скорейшее исполнение, что при заинтересованности самого должника в реальном исполнении дополняет стимулирующее воздействие мораторных процентов, прямая функция которых – уменьшение убытков, вызванных просрочкой, и тем самым – сокращение сроков просрочки.

Подлинный смысл судебного штрафа раскрывается при формальном подходе, отвечающем природе обязательства. Начисление штрафа повышает имущественную ценность самого судебного решения и защищаемого им требования об исполнении в натуре. В этой форме выразился долгожданный отказ от сомнительного принципа недопустимости получения кредитором выгод от нарушения договора. Смысл договорной ответственности не в том, чтобы исключить возможные перекосы в удовлетворении кредитора, а в том, чтобы воплотить подлинную ценность его имущественных ожиданий, существующих на обязательственном праве, ценность самого обязательства. Отныне сам процесс принудительной реализации своего права несет для кредитора определенные имущественные выгоды. Кредитор получает недвусмысленную поддержку публичной власти, утверждающей его интерес в получении исполнения и насыщающей его дополнительным имущественным значением, раскрывая его подлинный правовой смысл.

Преобразование, совершаемое правом с хозяйственной целью сторон, заключается прежде всего в том, что оно переводится в *чистое количество* – подлинно юридическую форму существования признанного имущественного интереса. Введение судебного штрафа, направляемого

в пользу кредитора, недвусмысленно выражает то соотношение фактического и формального, которое допустимо в правовой сфере: интерес в получении реального исполнения получает признание как денежная сумма, начисляемая в пользу кредитора за задержку исполнения, даже в контексте обращенного к должнику приказа суда об исполнении в натуре. Если на этапе исполнения действия должника с правовой точки зрения — это способ избежать ответственности, фактическими действиями не допустить перевода отношения в чистое количество — присуждение к возмещению убытков, то на этапе ответственности присуждение к исполнению в натуре — это отсрочка имущественной расправы, дополнительная возможность для должника фактическими действиями избежать взыскания *стоимости* обязательства, но сопровождаемая наложением дополнительных платежей, которые составляют публичную оценку имущественного измерения нарушенных ожиданий кредитора. Удерживая (по просьбе кредитора) фактическую составляющую отношения, судебное решение устанавливает денежное присуждение как единственно возможное измерение того уровня формальной связи, в который переходит правоотношение на стадии ответственности.

\* \* \*

В допустимости присуждения к исполнению в натуре проявляется вполне определенное понимание природы обязательства, которое покоится на известном направлении в философии права и несет в себе соответствующую идеологию.

Подлинный смысл этой идеологии со всей наглядностью выступает в понятии договорной дисциплины, утвердившейся в советской правовой системе и заключающейся именно в практике присуждения к исполнению неисполненного обязательства (или к исправлению ненадлежаще исполненного). В отсутствие рынка взгляд на договоры, связывающие хозяйственных субъектов, как на способы и формы осуществления хозяйственного плана (агентами и порождениями которого выступали и сами такие субъекты) соответствовал социалистической действительности. В этих условиях решения судов по хозяйственным спорам и не могли быть иными: присуждение к взысканию убытков было бы либо неисполнимым, либо не отвечало бы задачам ведения планового хозяйства.

Присуждение к исполнению в натуре нередко находит оправдание в том, что оно отвечает интересу кредитора в первичном исполнении, тогда как обратная сторона такого подхода — отрицание личности за должником — игнорируется. Подобные взгляды можно проследить, начиная с глоссаторов и заканчивая пандектистикой, когда они полу-

чают оправдание в искаженном взгляде на природу обязательственного отношения как форму подчинения и даже отчуждения свободы должника в пользу кредитора. Концепция права кредитора на действия должника, ярко выраженная и у адептов естественного права, и у пандектистов-кантианцев, рисует обязательство как форму несвободы, а право – как способ ограничения и отрицания свободы. Такое понимание означает утрату идеи правовой свободы, которая оказывается равнозначна произвольному усмотрению (произволу) как доправовому состоянию. Способность права продуцировать и поддерживать свободу, идея свободы *в праве* оказывается вне понимания такой натуралистической философии права. Вместо нее утверждается концепция свободы воли, отрицающая идею правового равенства: воля кредитора подавляет и отрицает волю должника. Оправдание подчиненного положения должника добровольностью вступления в обязательство (в договор), а также возможностью включения в договор специального условия об исполнении в натуре апеллирует к идее свободы договора, понимаемой как произвольность содержания.

Идея невозможности исполнения, расторжения договора, обязательства как подчинения должника, содержания права кредитора как действий должника влечет перенос натурального момента на этап ответственности, что облегчается искаженным представлением о роли и возможностях судебной власти. Суд выступает не средством разрешения конфликта, примирения противоречий, поиска и утверждения справедливости, т.е. реализации права, но инструментом государственного вмешательства в частные отношения, источником принудительной силы, преследующей нарушителя и насаждающей верность договору или обязательствам, налагаемым на должника законом.

Обязательство объективно преобразовывает подлежащие выполнению действия должника, предоставление в формально признанный способ прекращения отношения (погашения долга), недостижение которого, неисполнение влечет ухудшение положения должника и установление его формальной зависимости от кредитора. На этапе исполнения должник не зависит от кредитора. Обе стороны отношения подчинены норме, управляющей данным обязательством, так что о зависимости сторон друг от друга можно говорить только в плане фактического. В плане фактического – возможности потребовать или предложить реальное исполнение – именно кредитор зависит от должника. Эта зависимость – следствие неокончательного преодоления фактического на этапе исполнения (долга), включения в содержание отношения конкретики факта.

В случае неисполнения и перехода отношения на стадию ответственности фактическое изгоняется из отношения, так что зависимость кредитора от фактических ограничений достижения искомого хозяйственного результата (физических возможностей должника и природных ограничений его действий) снимается. Поражение первичного интереса компенсируется более высокой степенью формализации ожиданий; вторичный интерес – подлинно правовое, формальное отношение. Говорить о первичном интересе можно только как о формальном явлении: до правоотношения, до обязательства существует хозяйственная цель (задача), потребность, желание, ожидания, но только в рамках обязательства она получает существование как элемент отношения, социально признанного явления, элемента содержания связи с другими. Интерес существует уже на стадии долга, на стадии ответственности это чистое количество, и право уже на этапе исполнения создает такую (формальную) определенность стремлениям и целям кредитора, что становится возможным фиксировать как их достижение (реализацию), так и их поражение или неудовлетворение.

Зависимость кредитора от фактической составляющей на стадии исполнения означает его зависимость от должника. Снятие этой зависимости на этапе ответственности означает преодоление зависимости от фактического, снятие фактической составляющей отношения, его сведение к чистой форме. Формализация – способ обеспечения и осуществления свободы. На стороне должника движение к независимости связано на этапе исполнения с формализацией интереса кредитора (фиксацией параметров исполнения и критериев удовлетворения кредитора), на этапе ответственности – полным исключением фактического элемента. Формализация лишает должника возможности ссылаться на фактические препятствия к исполнению, но эта возможность более не требуется, как и само реальное исполнение. Формализация передает удовлетворение в руки кредитора, которому ничто не может помешать взыскать убытки. Вторичный интерес кредитора – чисто количественный. Присуждение в натуре означает возвращение на стадию случайности и неопределенности.

### **Список литературы:**

1. Байбак В.В. Возмещение убытков при прекращении договора и вина кредитора // Вестник гражданского права. 2016. № 4.
2. Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Общие положения. М.: Статут, 1998.

3. Громов А.А. Влияние невозможности исполнения на право кредитора потребовать исполнения обязательства в натуре // Вестник гражданского права. 2016. № 4.
4. Гроций Г. О праве войны и мира. Кн. 2. М.: Ладомир, 1994.
5. Договорное и обязательственное право (Общая часть): постатейный комментарий к статьям 307–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / отв. ред. А.Г. Карапетов. М.: М-Логос, 2017.
6. Дождев Д.В. Римское частное право. М.: Норма, 2008.
7. Калабреззи Г. Будущее права и экономики. Черки о реформе и размышления. М.: Изд-во Института Гайдара, 2016.
8. Карапетов А.Г. Иск о присуждении к исполнению обязательства в натуре. М.: Статут, 2003.
9. Карапетов А.Г. Модели защиты гражданских прав: экономический взгляд // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2014. № 11–12.
10. Карапетов А.Г. Расторжение нарушенного договора в российском и зарубежном праве. М.: Статут, 2007.
11. Познер Р. Экономический анализ права. В 2 т. СПб.: Экономическая школа, 2004.
12. Савиньи Ф.К. фон. Обязательственное право / пер. В. Фукс, Н. Мандро. М., 1876.
13. Савиньи Ф.К. фон. Система современного римского права. Т. I / пер. с нем. Г. Жигулина; под ред. О. Кутателадзе, В. Зубаря. М.: Статут, 2011.
14. Сделки, представительство, исковая давность: постатейный комментарий к статьям 153–208 Гражданского кодекса Российской Федерации / отв. ред. А.Г. Карапетов. М.: М-Логос, 2018.
15. Хубер У. Возмещение убытков вместо предоставления (пер. с нем. А.А. Громова и Ю.В. Старцевой с издания: Huber U. Schadenersatz statt der Leistung // АСР. 2010. 210. S. 319–353) // Вестник гражданского права. 2013. № 6.
16. Цвайгерт К., Кётц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. Т. II. Договор. Неосновательное обогащение. Деликт. М.: Междунар. отношения, 2000.
17. Bachmann G., Schirmer J.-E. Leistungs- und Schutzpflichten in der Zivilrechtsdogmatik. Zum Erfüllungsanspruch aus Schutzpflichten // Privatrechtsdogmatik im 21. Jahrhundert: Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 80. Geburtstag. Grigoleit H. Chr., Petersen J. (Hsgb.). Berlin: De Gruyter, 2017.
18. Beale H. Remedies for Nonperformance // Contract Law. Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe. H. Beale, A. Harkamp, H. Kötz, D. Tallon (eds.). London: Hart Publishing, 2002.
19. Birks P., Rights, wrongs, and remedies // OJLS. 2000. 20.
20. Brinz A. Begriff der Obligation // Kritische Blätter civilistischen Inhalts. 1853. 3.
21. Cardilli R. Damnatio e oportere nell'obbligazione. Napoli: Jovene, 2016.

22. Dondorp H. Einflüsse des kanonischen Rechts auf die Lehre des Erfüllungszwangs // ZSS (KA). 2009. 126.
23. Dondorp H. *Precise cogi. Enforcing Specific Performance in medieval legal scholarship* // Hallebeek J., Dondorp H. (eds) *The Right to Specific Performance. The Historical Development*. Antwerp, 2010.
24. Gordley J. *Foundations of Private Law. Tort, Contract, Unjust Enrichment*. Oxford: Oxford University Press, 2006.
25. Grigoleit H. Chr., Riehm Th. Die Kategorien des Schadensersatzes im Leistungsstörungenrecht // AcP. 2003. 203.
26. Heinrichs H. Die Transformation des Erfüllungsanspruchs in einen Schadensersatzanspruch nach deutschem Recht. Eine Skizze des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes // ERCL. 3/2006.
27. *Historisch-Kritische Kommentar zum BGB*. M. Schmoeckel, J. Ruckert, R. Zimmermann (Hgs.). Bd. II: Schuldrecht: Allgemeine Teil §§ 241–432. Mohr Siebeck, 2007.
28. Huber U. *Leistungsstörungen*. 2 Bde. Tübingen: Mohr Siebeck, 1999.
29. Jeandidier V.W. *L'exécution forcée des obligations contractuelles de faire* // Rev. trim. dr. civ. 1976.
30. Kaplow L., Shavell S. Property rules versus liability rules: An economic analysis // *Harvard Law Review*. 1996. 109.
31. Lando H., Rose C. On the enforcement of specific performance in Civil law countries // *International Review of Law and Economics*. 2004. 24.
32. Lathier I.-M. The Enforcement of Contractual Obligations: A French Perspective // *Reforming the French Law of Obligations. Comparative Reflections on the Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription (the 'Avant-projet Catala')* / ed. by J. Cartwright, S. Vogenauer, S. Whittaker. Oxford: Hart Publishing, 2009.
33. Lobinger T. Die Grenzen rechtsgeschäftlicher Leistungspflichten. Zugleich ein Beitrag zur Korrekturbedürftigkeit der §§ 275, 311a, 313 BGB n.F. Tübingen: Mohr Siebeck, 2004.
34. Markovits D., Schwartz A. The Myth of Efficient Breach: New Defenses of the Expectation Interest // *Virginia LR*. 97. 2011.
35. Mercurio M., Medema S.G. *Economics and the Law: From Posner to Post-Modernism and Beyond*. Princeton, 2006.
36. Mommsen F. *Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluß auf obligatorische Verhältnisse*. Braunschweig: Schwetschke, 1853.
37. Nelsen von Stryk K. Grenzen des Rechtszwangs: zur Geschichte der Naturalvollstreckung // AcP. 193.
38. Puchta G.F. *Pandekten*. 3 Aufl. Leipzig, 1845.
39. Rabel E. *Das Recht des Warenkaufs*. Bd.I. Weimar, 1936.
40. Reppen T. *Vertragstreue und Erfüllungszwang in der mittelalterlichen Rechtswissenschaft*, Paderborn: Schöningh, 1994.
41. Riehm Th. *Der Grundsatz der Naturalerfüllung (= Jus Privatum*. Bd. 191). Tübingen: Mohr Siebeck, 2015.



42. Rowan S. Remedies for Breach of Contract. A Comparative Analysis of Protection of Performance. Oxford: Oxford University Press, 2012.
43. Savigny F.C. von. Das Obligationenrecht als Theil des heutigen römischen Rechts. Bd. 1–2. Berlin, 1851–1853.
44. Savigny F.C. von. Pandektenvorlesung 1824/25 // H. Hammen (Vg.). Ius Commune – Sonderhefte. Berlin, 1993.
45. Savigny F.C. von. System des heutigen römischen Rechts. Bd. 5. Berlin, 1841
46. Shavell S. Economic Analysis of Contract Law (2003). Harvard Law School John M. Olin Center for Law, Economics and Business Discussion Paper Series. Paper 403 // URL: [http://lsr.nellco.org/harvard\\_olin/403](http://lsr.nellco.org/harvard_olin/403)
47. Schwarze R. Das Recht des Leistungsstörungen. 2 Aufl. De Gruyter, 2017.
48. Smith S.A. Substitutionary Damages // Ch.E.F. Rickett (ed.) Justifying Private Law Remedies. Oxford: Hart Publishing, 2008.
49. Treitel G.A. The Law of Contract. 14th ed. London: Sweet & Maxwell, 2015.
50. Unberath H. Die Vertragsverletzung. Berlin: Mohr Siebeck, 2007.
51. Viney G. La responsabilité contractuelle en droit français (ou les remèdes à l'inexécution autres que la resolution et la suspension du contrat) // Vacca L. (a cura di), Il contratto inadempito. Realtà e tradizione del diritto contrattuale europeo. Ginevra, 24–27 settembre 1997. Torino: G. Giappichelli editore, 1999.
52. Viney G. Traité de droit civil. Les obligations: La responsabilité, effets (sous la dir. de Ghestin). Paris, 1988.
53. Wéry P. L'exécution forcée des obligations contractuelles non pécuniaires – Une relecture des articles 1142 à 1144 du C. civ.// Coll. Faculté de droit de Liège, 1993.
54. Würtwein S. Zur Schadeneratzpflicht wegen Vertragsverletzung // Gemeinenrecht des 19. Jahrhunderts. Berlin: Dunker & Humblot, 1990.