

DOI: <http://dx.doi.org/10.21686/2411-118X-2021-2-16-22>

Перераспределение правотворческих полномочий в условиях пандемии COVID-19

К. И. Налетов

кандидат юридических наук, доцент кафедры
гражданско-правовых дисциплин РЭУ им. Г. В. Плеханова.
Адрес: ФГБОУ ВО «Российский экономический университет
имени Г. В. Плеханова»,
117997, Москва, Стремянный пер., д. 36.
E-mail: Naletov.KI@rea.ru

Redistribution of Law-Making Powers in the Context of the COVID-19 Pandemic

K. I. Naletov

PhD in Law, Associate Professor of the Department of Civil Legal Disciplines of the PRUE.
Address: Plekhanov Russian University of Economics,
36 Stremyanny Lane, Moscow, 117997, Russian Federation.
E-mail: Naletov.KI@rea.ru

Аннотация

В связи с пандемией коронавируса COVID-19 и ввиду отсутствия международных договоров всевозрастающую роль в судебной практике играют акты «мягкого права» в сфере неисполнения (ненадлежащего исполнения) договорных обязательств. В статье анализируются предложения о взаимном признании сертификатов вакцинации как средства обеспечения международной интеграции, а также проблема характера взаимности. Автором изучена практика судов Канады, США и России, на основании решений которых рассмотрены положения так называемого мягкого права (*lex mercatoria*) – Принципов международных коммерческих договоров УНИДРУА и Стандартной Оговорки Международной торговой палаты «О существенном изменении обстоятельств» 2020 г. о форс-мажоре и о существенном изменении обстоятельств как правовых оснований отказа от их исполнения, их прекращения или приостановления их исполнения. В статье подвергается критике критерий непредотвратимости обстоятельств как элемент их квалификации в качестве форс-мажорных.

Ключевые слова: форс-мажор, критерий непредотвратимости обстоятельства, отказ от исполнения договора, негосударственное право, акты «мягкого права», *lex mercatoria*, судебная практика, интеграция, международные договоры, принцип взаимности, США, Канада.

Abstract

In connection with the COVID-19 coronavirus pandemic and due to the absence of international treaties, acts of "soft law" in the field of non-fulfillment (improper fulfillment) of contractual obligations play an increasingly important role in judicial practice. The proposal for the mutual recognition of vaccination certificates as a means of ensuring international integration and the problem of the nature of reciprocity are analyzed. The author also analyzes the practice of the courts of Canada, the United States and Russia, as well as the provisions of the so-called "soft law" (*lex mercatoria*) – the Principles of International Commercial Agreements of UNIDROIT and the Standard Clause of the International Chamber of Commerce "On a significant change in circumstances" in 2020 on force majeure and a significant change circumstances as legal grounds for refusal to execute them, their termination or suspension of their execution. The article also criticizes the criterion of the inevitability of a circumstance as an element of its qualification as force majeure.

Keywords: force majeure, criterion of the inevitability of a circumstance, refusal to perform an agreement, non-state law, soft law acts, *lex mercatoria*, jurisprudence, integration, international treaties, the principle of reciprocity, USA, Canada.

Ситуацию, возникшую в связи с противодействием пандемии COVID-19 на международном уровне, можно охарактеризовать фразой Уильяма Шекспира: «в слабости сила» и выражением Иоанна Дамаскина: «Многие сильные побеждены бывают немощными».

Международная интеграция (исключая интеграцию в рамках Европейского союза) не достигла того уровня, который позволяет принимать общеобязательные решения и применять меры правового характера по борьбе с кризисными явлениями.

Следует отметить, что, несмотря на явно глобальный характер пандемии COVID-19, она не стала катализатором для подписания новых международных договоров – основная работа по регулированию экономики осуществляется на уровне национальных государств [1]. Между тем перспективным (хотя и проблематичным) является предложение о взаимном признании сертификатов вакцинации иностранных государств¹.

Напрашиваются аналогии с признанием и приведением в исполнение иностранных судебных решений – в отношении них уже преодолен вакуум универсальных международных инструментов их исполнения на территории иных государств чем *lex fori* (от лат. – *закон суда*).

Так, 2 июля 2019 г. была открыта для подписания Гаагская Конвенция о признании и приведении в исполнение иностранных судебных решений по гражданским или торговым делам (*Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters*), которая однако не вступила в силу², что сохраняет центр тяжести в области двусторонних международных договоров – признание иностранных судебных решений зависит именно от их наличия и содержания их положений. Очевидно, что признание сертификатов о вакцинации на основе взаимности столкнется с теми же проблемами, что и признание иностранных судебных решений при отсутствии международного договора между государствами – признание принципа взаимности. То есть для признания в России сертификата вакцинации, выданного на территории другого государства, необходимо, чтобы на территории государства – места его выдачи – признавались сертификаты, выданные на

территории Российской Федерации. Вопрос состоит в том, будет ли такая взаимность презюмироваться или она подлежит доказыванию.

Международные договоры сами по себе не могут служить оперативной мерой реагирования на кризисные явления. Такими оперативными инструментами являются акты «мягкого права».

Как отмечал итальянский юрист-международник Франческо Гальяно, нет «мирового права», которое регулировало бы международную деятельность коммерческих компаний» [8].

Еще более радикально высказываются современные испанские юристы: «Не существует такого понятия, как мировое правительство, которое могло бы разработать глобальные правовые нормы для регулирования экономической деятельности компаний на планете. На самом деле совместные инициативы государств по созданию таких правил показывают очень плохие результаты. Многие нормативные акты можно назвать примерами «мирового права» [6].

В соответствии с законом классической механики, пальма первенства в вопросе о регулировании отношений в ряде аспектов перешла к глобальным источникам «мягкого права», таким как Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА, Типовые законы ЮНСИТРАЛ о международном коммерческом арбитраже, об электронной цифровой подписи, о трансграничном банкротстве, о публичных закупках товаров (работ, услуг). Это позволило некоторым (в том числе отечественным) исследователям говорить о формировании негосударственного права [2] и о «приватизации» международного права.

Акты «мягкого права» обладают большей гибкостью по сравнению с международными договорами, поэтому способны быстрее реагировать на ситуацию, возникшую в связи с пандемией COVID-19.

Несмотря на то что акты «мягкого права» (*lex mercatoria*) не являются сами по себе юридически обязательными³, исходят не от государства, однако при этом они являются продуктом деятельности экспертов в области международного коммерческого оборота, экономики и права, что и придает им дополнительное конкурентное преимущество.

¹ Россия и ЕС обсудили признание сертификатов о вакцинации от COVID-19. – URL: <https://www.rbc.ru/rbcfreenews/61668c169a794775b0daed7f>

² В настоящее время она подписана Коста-Рикой, Уругваем, Израилем и Украиной.

³ Правопорядок конкретного государства может придать такого рода акту обязательную юридическую силу.

Отметим, что бизнес-сообщество оперативнее разрабатывает принятые в том или ином профессиональном сообществе стандарты делового поведения, чем государства (или отдельное государство).

Кроме того, ссылка в частноправовом соглашении на акт *lex mercatoria* автоматически придает этому источнику силу договора сторон, отрицать юридическую силу которого было бы абсурдным. Даже юридические лица государств, не связанных международным договором, могут выработать единые правила поведения на основе этих договоров. Более того, не являясь частью договора, эти правила могут служить доказательством существования правового обычая.

Говоря предметно о реакции норм «мягкого права» на ситуацию, сложившуюся во всем мире в результате пандемии COVID-19, когда возник риск массового неисполнения договорных обязательств, следует отметить, что такой общепризнанный источник «мягкого права», как Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА, предусматривает определенную модель поведения контрагентов при невозможности (затруднительности) исполнения этих договоров.

Секретариат УНИДРУА 15 июля 2020 г. выдвинул Ноту о применении Принципов международных коммерческих договоров УНИДРУА в условиях кризиса, вызванного пандемией COVID-19 (Note on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the COVID-19 health crisis). В частности, заслуживает внимания параграф 6 этой Ноты, указывающий на такую общую проблему договорного права, как наличие оснований для неисполнения договорных обязательств в случаях, когда исполнение еще возможно, однако в условиях пандемии существенно усложнилось (*substantially more difficult*) и/или стало обременительным (*onerous*).

На основе пунктов 6.2.1, 6.2.2 и 6.2.3 Принципов УНИДРУА в 2020 г. в качестве реакции на последствия пандемии COVID-19 была разработана новая Стандартная Оговорка Международной торговой палаты «О существенном изменении обстоятельств» (*The ICC Hardship Clause 2020*)¹, заменившая собой аналогичную Оговорку 2003 г. Единая гипотеза предлагаемой Международной торговой палатой (МТП) нормы, состоит в том, что существенное изменение обстоятельств (*hardship*) представляет собой непредсказуемое

событие, которое нарушает баланс интересов сторон частноправового договора (*the equilibrium of the contract*).

При этом диспозиция правовой нормы варьируется от одного правопорядка к другому – первый вариант состоит в предложении одной стороны другой пересмотреть договор. Однако нормы законодательства, как правило, оставляют за пределами правового регулирования ответ на вопрос о действиях в случае отказа контрагента от пересмотра договора.

Итальянское право (статья 1467 Гражданского кодекса Италии) дает пострадавшей стороне право прекратить договор в одностороннем порядке, тогда как другие правопорядки предписывают обратиться в суд с требованием о прекращении или об изменении договора.

Стандартная Оговорка Международной торговой палаты «О существенном изменении обстоятельств» в редакции 2003 г. признавала возможность пострадавшей стороны отказаться от договора. Новая Стандартная Оговорка международной торговой палаты «О существенном изменении обстоятельств» в редакции 2020 г. предусмотрела три альтернативных варианта поведения сторон договора при недостижении согласия об изменении его условий: пострадавшая сторона получает право расторгнуть договор, но не может требовать (его) изменения судьей или арбитром без согласия другой стороны или любая из сторон имеет право просить судью или арбитра изменить договор с целью восстановления его равновесия, или расторгнуть договор, в зависимости от обстоятельств, или любая из сторон имеет право просить судью или арбитра вынести решение о расторжении договора.

Более традиционным инструментом правового регулирования является практика судов по применению абстрактных норм права.

Весьма показателен пример Канады, которая находится приблизительно в тех же географических условиях, что и Россия, и ее правовая система основана на прецедентном праве. Наконец канадское право представляет собой достаточно радикальный пример в том смысле, что канадскому праву незнакомо такое основание для неисполнения или для задержки исполнения договорных обязательств, как форс-мажор.

¹ От англ. – оговорка о затруднениях.

Это означает, что его наличие, условия и порядок применения в канадском праве полностью основаны на договоре сторон, т. е. оговорка о форс-мажоре действует в отношениях между субъектами предпринимательской деятельности только если она предусмотрена договором сторон¹. Общий подход канадских судов исторически основан на принципе нерушимости условий договора, сформулированных еще английскими судами в XVII в., в отсутствие оговорки сторон.

Так, например, арендатор земли по решению суда должен был выплатить ее собственнику арендную плату даже несмотря на то, что земельный участок был занят неприятельской армией до того, как он успел собрать с него урожай². Этот принцип и основанный на прецеденте современный подход выразил судья Апелляционного суда провинции Альберта Роджер Филипп Кэрэнс в решении по делу *Atcor*³ – задача оговорки (о форс-мажоре. – К. И.) состоит в защите сторон договора от событий, стоящих вне нормального предпринимательского риска.

В случаях с признанием форс-мажорными обстоятельствами COVID-19 канадскими судами используется прецедент, созданный судами США⁴, – суд (The United States Bankruptcy Court (Northern District of Illinois, Eastern Division) рассмотрел утверждение арендатора ресторана (re Hitz Restaurant Group (Hitz) о том, что постановление правительства штата, запрещающее ресторанам и барам предоставлять еду и напитки на его тер-

ритории, является форс-мажорным обстоятельством, освобождающим арендатора от обязанности платить арендную плату. Хотя суд согласился с арендатором в том, что оговорка о форс-мажоре в договоре аренды была вызвана к жизни указанным постановлением правительства, он не освободил полностью арендатора от его обязательства по выплате арендной платы, поскольку данное постановление, как установил суд, не запрещало ресторанам предлагать услуги по доставке (delivery services) и доставке у тротуара (curbside pickup), которые арендатор не оказывал. Суд в итоге обязал арендатора ресторана выплатить 25% от арендной платы исходя из того, что именно такая часть общей площади кухни могла бы использоваться арендатором помещений ресторана для оказания этих услуг.

Несмотря на то что в решении Банкротного суда США по вышеуказанному спору проясняется конкретный характер анализа обстоятельств непреодолимой силы, стороны, заявляющие о форс-мажорных обстоятельствах по праву Канады, должны иметь в виду принцип ответственности за любой отказ предпринять разумные усилия по устранению препятствий в исполнении договорных обязательств. По мере того как правительственные ограничения начинают ослабевать, а предприятия вновь открываются, стороны, которые воспользовались положением о форс-мажорных обстоятельствах во время закрытия, должны

¹ Исключением является правовая система провинции Квебек, основанная на романо-германской правовой системе (статья 1470 ГК Квебека «Unforeseeable and irresistible event, including external causes with the same Characteristics»). Следует отметить, что эта норма может быть изменена или отменена договором сторон. Практика судов Квебека по трактовке пандемии COVID-19 ограничена одним Решением Верховного суда Квебека (the Superior Court of Québec) 9333-8309 Québec inc. v Procureure générale du Québec (Ministère des transports), в котором суд указал, что COVID-19 может быть признан форс-мажором в той же степени, что и наводнение. Впрочем, данная оговорка была сделана не по существу дела, а попутно. Чуть более разнообразна оценка судами провинции Квебек эпидемий и пандемий в качестве форс-мажора. Так, Верховный суд провинции Квебек в решении по спору *Lebrun v Voyages à rabais* (9129-2367 Québec inc.) 2010 г. и в решении по спору *Béland v Voyage Charterama Trois-Rivières ltée* 2010 г., указал, что распространение вируса H1N1 образует форс-мажор, что дает турагентам возможность не предоставлять заказчикам услуги. В обоих случаях суд указал, что турагенты не могли ни избежать распространения вируса H1N1, ни предвидеть его, когда истцы приобретали их услуги. При этом в споре

Lebrun v Voyages à rabais Верховный суд отверг ссылку ответчика-турагента на оговорку о форс-мажоре в договоре о предоставлении услуг турагента с истцом на том основании, что эта оговорка, на которую ссылался ответчик-турагент, устанавливала правило, согласно которому турагент в полном объеме определяет наличие или отсутствие форс-мажора в каждом конкретном случае, что, по мнению суда, противоречило законодательству провинции Квебек о защите прав потребителей.

² *Paradine v Jane* (1647) 4 (KB), 82 ER 897

³ *Atcor Ltd v Continental Energy Marketing Ltd* (1996), 178 AR 372 at para 12 (CA)

⁴ При недостаточности практики канадских судов допускается использование практики судов иностранных государств (как правило, Великобритании и США) [7. – р. 53]. Решения судов государств, относящихся к странам Содружества Наций, также имеют силу доказательства существования той или иной практики. Канадский судья, впрочем, предпочитает английские прецеденты американским и австралийским [5].

принять меры и согласованные усилия для возобновления работы и выполнения своих договорных обязательств с максимальной эффективностью.

Следует отметить, что суды США отличаются большей гибкостью подходов по сравнению с судами Канады, основываясь на принципе непрактичности (*impracticability*) надлежащего исполнения обязательств должником, а не на принципе невозможности (*impossibility*) их исполнения¹. Кроме того, Едиобразный Торговый кодекс США (*Uniform Commercial Code*) содержит положения о возможности неисполнения договорных обязательств (*UCC § 2-615*).

Канадские суды при отсутствии оговорки о форс-мажоре в договоре по обязательству должника могут применить доктрину фрустрации (*frustration*) в том случае, если это обязательство не было исполнено. Данная доктрина была сформулирована английскими судами в споре *National Carriers Ltd. v. Panalpina Ltd.*, (1981 г.)² следующим образом: «Фрустрация договора наличествует при наступлении события (без неисполнения обязательств любой из сторон и для которого контракт не предусматривает достаточных положений), которое настолько серьезно изменяет характер (а не только себестоимость или размер бремени обязательств) неурегулированных договорных прав и/или обязательств по сравнению с тем, что стороны могли разумно предполагать во время его исполнения, что было бы несправедливо обязывать их следовать буквальному смыслу его условий в новых обстоятельствах, тогда закон объявляет обе стороны отстраненными от дальнейшего исполнения».

Практика канадских судов основана на том, что прекращение договора после его заключения в отсутствие форс-мажора возможно ввиду наступившего события, которое является подразумеваемым условием этого договора (*Peter Kiewit Sons Co. v. Eakins Construction Ltd.*, 1960)³.

В прецеденте *Folia v. Trelinski* (1997), рассмотренном Верховным судом провинции Британская Колумбия, был предложен своеобразный «тест» на фрустрацию частноправового договора:

1) рассматриваемое событие произошло после заключения контракта и не было вызвано им самим;

2) в результате договор стал полностью отличаться от того, что стороны задумывали. Это различие учитывает различие между полной бесплодностью (*complete fruitlessness*) и простым неудобством (*mere inconvenience*);

3) нарушение является постоянным, а не временным или преходящим;

4) изменение полностью влияет на характер, значение, цель, действие и последствия контракта в том, что касается одной или обеих сторон;

5) действие или событие, которое привело к столь радикальным изменениям, нельзя было предвидеть.

Именно на основании вышеуказанного «теста» современные канадские юристы считают доктрину фрустрации договора в канадском праве неприменимой к изменениям отношений в условиях пандемии COVID-19.

Приостановка предпринимательской деятельности, вызванная карантином, как очевидно, является временной, не делает договоры полностью лишены смысла и не оказывает влияния на характер, значение, цель, действие и последствия контракта. Ограничения, ставшие основанием для локдауна, являются лишь трудностями в исполнении, что исключает применение доктрины фрустрации. Отказаться от договора на том основании, что его стоимость заметно выросла или удобство предоставления согласованной услуги (работы, товара) затруднено, невозможно.

Кроме того, фрустрация договора по канадскому праву прекращает, а не приостанавливает действие договора, тогда как большинство лиц, являющихся сторонами договора, связанного с осуществлением предпринимательской деятельности, не заинтересованы в прекращении потенциально выгодных сделок; они готовы только к изменению их условий.

Принцип защиты слабой стороны гражданского правоотношения стал носить чрезмерно патерналистский характер. Он часто дает право и возможность оказывать воздействие на противную сторону: слабая сторона правоотношения, пользуясь своей (зачастую мнимой) слабостью, получает определенную привилегию и возможность активно злоупотреблять своими гражданскими правами [3].

Традиционно российское право делит субъектов на предпринимателей и обычных граждан,

¹ *Roy v. Stephen Pontiac-Cadillac, Inc.*, 543 A (2d) 775 (Conn 1988).

² All E.R. 161 (H.L.)

³ CanLII 37 (SCC), [1960] S.C.R. 361

предполагая слабой стороной гражданских правоотношений именно последних. Если обычный гражданин, не обремененный статусом субъекта предпринимательской деятельности, *освобождается от гражданско-правовой ответственности* при отсутствии вины, т. е. в ситуации, когда гражданин при той степени заботливости и осмотрительности, какая от него требовалась по характеру обязательства и условиям оборота, принял все меры для надлежащего исполнения обязательства (пункт 1 статьи 401 ГК РФ), то будучи субъектом предпринимательской деятельности, наоборот, априори он несет ответственность если не докажет, что надлежащее исполнение оказалось невозможным вследствие непреодолимой силы, *если иное не предусмотрено законом* или договором.

Обстоятельство признается обстоятельством непреодолимой силы, т. е. чрезвычайным, непредотвратимым при данных условиях, когда оно носит внешний по отношению к деятельности должника характер (пункт 8 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 24 марта 2016 г. № 7 «О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса Российской Федерации об ответственности за нарушение обязательств»).

Критерий непредотвратимости обстоятельства состоит в том, что любой участник гражданского оборота, осуществляющий аналогичную с должником деятельность, не мог избежать наступления этого обстоятельства или его последствий. Этот критерий порочен в силу известного парадокса «ошибка выжившего» – ответчик, имеющий основания ссылаться на пандемию COVID-19 как на причину своего тяжелого финансового состояния в силу принадлежности к отрасли наиболее пострадавшей от пандемии, неминуемо встретит контраргумента в виде перечня прочих субъектов предпринимательской деятельности, которые не нарушают обязательств ввиду пандемии.

Должники, пострадавшие от пандемии COVID-19, во многом обоснованно рассчитывали

на патерналистский характер российского государства, «продолжниковую» ориентацию российского законодательства, абсолютизацию принципа защиты слабой стороны правовых отношений. Должники рассчитывали на вмешательство государства в частноправовые отношения в форме либо отсрочки выплат, моратория на привлечение к административной, уголовной или отраслевой¹ ответственности, либо очередного снижения неустойки за их неуплату, запрета на прекращение договоров в одностороннем порядке. Однако судебная практика отказалась от признания пандемии COVID-19 априори форс-мажором, обусловив освобождение (полное или частичное) от обязательств исключительно действиями органов государственной власти, направленными на борьбу с пандемией COVID-19, ставшими причиной возникновения тяжелого материального положения должников, выразившегося в невозможности исполнении обязательств. При этом бремя доказывания причинно-следственной связи между указанными мерами государственного вмешательства и возникшей на стороне должника неспособностью исполнить обязательство, возлагается на должника, что представляется крайне затруднительным, учитывая, что меры государственного вмешательства не ставят своей целью лишение должника способности исполнить обязательство.

Преобразование роли государства в современном обществе состоит не только в передаче им права на заключение частноправовых соглашений и в наделении ряда субъектов права (не исключая и частных лиц) государственными полномочиями (в том числе и правотворческими). В условиях, когда критериями эффективности становится оперативность принятия решений центр тяжести правотворчества переносится на акты «мягкого права» и на судебную практику.

¹ Отраслевая юридическая ответственность выражается в форме неблагоприятных последствий для нарушителя норм отраслевого законодательства, которая не подпадает под уголовную, административную или дисциплинарную. Примером отраслевой ответственности является предусмотренная

Законом Российской Федерации «О недрах» ответственность недропользователя за существенное нарушение условий лицензии – прекращение действия лицензии, которое не предусмотрено в качестве санкции ни в КоАП Российской Федерации, ни в законах субъектов Российской Федерации об административных правонарушениях [4].

Список литературы

1. Курбанов Р. А., Налетов К. И., Белялова А. М. Ограничения прав и свобод в период новой коронавирусной инфекции (COVID-19): совершенствование правовых механизмов в период социально-экономических кризисов, новых вызовов и угроз // Экономика. Право. Общество. – 2021. – Т. 6. – № 1(25). – С. 7–12
2. Мажорина М. В. Эволюция правопонимания и правоприменения: парадигмальные сдвиги в международном частном праве, или когда международный коммерческий арбитраж покончит с правом? // Lex russica. – 2017. – № 10. – С. 88–102.
3. Налетов К. И. Лица, не подписавшие арбитражную оговорку, как участники третейского разбирательства // Журнал зарубежного права и сравнительного правоведения. – 2021. – № 4. – С. 80–95.
4. Налетов К. И., Мусеев А. М. Проблемы правового регулирования переработки попутного нефтяного газа. Законодательство, судебная практика и предложения de fege ferenda // Экономика. Право. Общество. – 2020. – Т. 5. – № 2 (22). – С. 13–19.
5. Уолкер Р. Английская судебная система. – М., 1980.
6. Caravaca A.-L. C., Carrascosa J. González Lex mercatoria y arbitraje privado internacional // Cuadernos de Derecho Transnacional. – 2020. – Vol. 12. – N 1. – P. 66–85
7. Bushnell I. Captive Court: a Study of the Supreme Court of Canada. Mc Gill-Queen's Press – MQUP, 1992.
8. Galgano F. Globalizzazione dei mercati e universalità del diritto, Politica del diritto, 2009. – N 2. – P. 177–192.
9. Galgano F. La globalizzazione nello specchio del diritto, Bologna, Il Mulino, 2005.