



МОСКОВСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ УНИВЕРСИТЕТ

имени М.В. Ломоносова

ЮРИДИЧЕСКИЙ ФАКУЛЬТЕТ

Кафедра истории государства и права

---

**КУРСОВАЯ РАБОТА**

*«Историко-правовые особенности становления государства как участника  
гражданского оборота в праве США»*

**Подготовила:** студентка 2 курса

очного отделения 206 группы

Уфаева Яна Евгеньвна

**Научный руководитель:**

Ассистент кафедры истории

государства и права

Денисов Дмитрий Сергеевич

Дата представления курсовой работы в учебный отдел:

«\_\_» \_\_\_\_\_ 2021 г.

Дата сдачи научному руководителю: «\_\_» \_\_\_\_\_ 2021 г.

Дата защиты курсовой работы: «\_\_» \_\_\_\_\_ 2021 г.

Оценка: \_\_\_\_\_

Москва

2021 г.

## Оглавление

Введение.....	3
Глава I. Суверенный иммунитет и право на подачу иска .....	6
Глава II. Основные доктрины, применяемые судами при рассмотрению дел о договорах, стороной которых является государство .....	9
§ 1. Доктрина неотчуждаемых (зарезервированных) полномочий .....	9
§ 2. Доктрина суверенных актов .....	14
§ 3. Доктрина недвусмысленных формулировок .....	18
§ 4. Termination for Convenience.....	20
§ 5. Доктрина фактических полномочий .....	29
§ 6. Доктрины и United States v. Winstar Corp. ....	30
Глава III. Применение судами положений Конституции при рассмотрении дело договорах, стороной которых является государство .....	38
§ 1. Клаузула о договорах (Contract Clause) .....	38
§ 2. Пятая Поправка ( Taking Clause) .....	44
Глава IV. Ответственность государства в случае нарушения договора .....	49
Заключение .....	54
Список использованной литературы .....	58
Список нормативных правовых актов .....	59
Список судебной практики.....	59

## Введение

Актуальность моей работы обусловлена тем, что по данным, приведенным Даниэлом Р. Фишелом и Аланом О. Сайксом только на 1998 год в судах на рассмотрении находились иски, ответчиком по которым выступали Соединенные Штаты, нарушившие договор на общую сумму более чем 10 миллиардов долларов. С тех пор эта сумма и количество частных компаний, вовлеченных в договорные отношения с Соединенными Штатами, только увеличивается.<sup>1</sup> В среднем федеральное правительство тратит на контракты 3,2 миллиарда долларов в день.<sup>2</sup>

Данный вопрос почти не регулируется законодательством, а существующие доктрины вызывают споры в рядах юридического сообщества: нет консенсуса по поводу их смысла и возможности их применения в конкретных делах, что отчетливо видно в деле *United States v. Winstar Corp.* (1996) и в динамичном изменении судебной практики.

Объект исследования – Соединенные Штаты и отдельные штаты, вступающие в договорные отношения.

Предмет исследования – эволюция подходов к урегулированию споров, возникающих из-за нарушения Соединенными Штатами и отдельными штатами договоров.

Цель работы – проанализировать подходы к урегулированию этой категории споров, оценить их с точки зрения двойственного статуса государства в договорных отношениях, с точки зрения баланса публичных и частных интересов и возможных последствий применения этих подходов.

Методологическая основа курсовой работы включает системный анализ и статистический метод. Применялся также междисциплинарный подход, заключающийся в использовании терминологии и ряда теорий экономики и политологии.

---

<sup>1</sup> Federal procurement spending up \$120B since 2015. — Текст : электронный // <https://federalnewsnetwork.com/reporters-notebook-jason-miller/2020/06/federal-procurement-spending-up-120b-since-2015/> : [сайт]. — URL: (дата обращения: 28.04.2021).

<sup>2</sup> Budget of the U.S. Government 2021. Office of management and budget | OMB.GOV . — Текст : электронный // : [сайт]. — URL: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/BUDGET-2021-BUD/pdf/BUDGET-2021-BUD.pdf> (дата обращения: 01.05.2021)

Государство с целью материального обеспечения своей деятельности заключает договоры с физическими и юридическими лицами и выступает в качестве контрагента, однако в то же время государство сохраняет свой статус суверена и продолжает выполнять свои публичные функции. Часто эти функции вступают в конфликт, «жертвами» которого становятся частные лица, несущие убытки из-за нарушения государством договоров в связи с изменением политики.

В 80-х годах и ранее стоял вопрос о том, должно ли государство возмещать убытки, причиненные изменениями в государственной политике, и Луис Каплоу утверждал, что такие правовые изменения являются повсеместными и в некоторых случаях вполне предсказуемыми, и сравнивал их с рыночными рисками, которые учитываются разумными участниками гражданского оборота.<sup>3</sup> Сейчас же исследователи пришли к выводу, что государство все-таки должно возмещать убытки, но ряд вопросов так и не решен.

В связи с вышесказанным можно выделить следующие задачи курсовой работы:

1. Определить в чем заключается конфликт статусов государства как суверена и государства как контрагента
2. Проанализировать доктрины, которые применяются для разрешения этого конфликта
3. Определить эффективность применения тех или иных мер ответственности в отношении государства
4. Выяснить, подходят ли средства правовой защиты общего права, используемые в договорах между частными сторонами
5. Выяснить, какова роль суда в определении мер ответственности государства

---

<sup>3</sup> Kaplow L. An economic analysis of legal transitions //Harvard Law Review. – 1986. – С. 509-617

Курсовая работа состоит из введения, четырёх глав, заключения, списка использованной литературы, нормативных правовых актов и судебной практики.

## Глава I. Суверенный иммунитет и право на подачу иска

Джиллиан Хэдфилд настаивает на том, что путь к разрешению конфликта между государством как контрагентом и государством как сувереном лежит через признание права договоров с государством правом публичным, а не частным.<sup>4</sup> Интересно обратить внимание на процессуальные аспекты разрешения споров с государством как с контрагентом. В соответствии с доктриной суверенного иммунитета государство явным образом дает согласие на то, чтобы потерпевшая от неисполнения государством договора сторона подала на него иск. Однако ее применение в отношении некоторых категорий судебных исков было ограничено принятием Акта Такера в 1887 году, который можно разделить на "Большой" Закон Такера, который применяется к искам выше 10 000 долларов и дает юрисдикцию Федеральному суду Соединенных Штатов по искам, и "Маленький" Закон Такера, который предоставляет параллельную юрисдикцию Федеральному суду по искам и Окружным судам по ряду недоговорных исков и договорных исков, цена которых ниже 10 000 долларов.<sup>5</sup> Иски могут быть предъявлены вследствие предполагаемого нарушения конституционных прав, в частности по поводу изъятия государством имущества, подлежащего справедливой компенсации в соответствии с Пятой поправкой. Полученное согласие может быть отозвано Конгрессом даже если за это согласие были уже заплачены деньги.<sup>6</sup> Соединенные Штаты могут наделить своего контрагента только административными средствами правовой защиты<sup>7</sup> и не обязаны предоставлять судебные.<sup>8</sup> Отказ от всех средств правовой защиты, как административных, так и судебных, не обязательно будет означать отказ от

---

<sup>4</sup> Hadfield G. Of Sovereignty and Contract: Damages for Breach of Contract by Government //S. Cal. Interdisc. LJ. – 1998. – Т. 8.

<sup>5</sup> The Edmunds-Tucker Act Of 1887. — Текст : электронный // : [сайт]. — URL: <https://wchsutah.org/laws/edmunds-tucker-act1.php> (дата обращения: 29.03.2021).

<sup>6</sup> De Groot v. United States, 72 U.S. 419 (1866)

<sup>7</sup> Tutun v. United States, 270 U.S. 568 (1926)

<sup>8</sup> United States v. Babcock, No. 17-13678 (11th Cir. 2019)

исполнения договора. До тех пор, пока договорное обязательство признается, Конгресс может руководить его исполнением без вмешательства суда или административного трибунала.<sup>9</sup> Иммунитет суверена от судебного иска существует всегда и применим как к причинам иска, вытекающим из актов Конгресса<sup>10</sup>, так и к причинам, вытекающим из нарушения прав, предоставленных гражданину Конституцией.<sup>11</sup> Правило, согласно которому на Соединенные Штаты нельзя подавать в суд без их согласия, является всеобъемлющим.<sup>12</sup>

В деле *Lynch v. United States* (1934) Соединенные Штаты возражали против ходатайства на том основании, что суд не обладает юрисдикцией рассматривать иск, поскольку согласие Соединенных Штатов на предъявление иска было отозвано Законом. Суд установил, что Положение 17 Закона об экономике от 20 марта 1933 года было направлено именно на лишение ветеранов договорных прав, а не просто на лишение их средств правовой защиты. При этом Суд заявил, что согласие подать в суд на Соединенные Штаты по договору не является частью обязательства, не следует из права на имущество, защищенного Пятой поправкой, это предоставленная привилегия, которая может быть отозвана в любое время.<sup>13</sup> Подробнее применение Пятой Поправки в данном деле рассмотрено в главе III. В деле *Perry v. United States* (1935) Суд указал на то, что тот факт, что Соединенные Штаты не могут быть привлечены к суду без их согласия, является вопросом процедуры, который не влияет на законность и обязательный характер их договоров.

Также государство в силу своего публичного статуса может изменить сроки для предъявления исков, и контрагент может не успеть защитить свое право. Это полномочие в отношении конкретных договоров было ограничено в деле *In re Brown Huckless v. Childrey Vashon*: принятие закона, устанавливающего новый срок исковой давности, сокращающего срок для

---

<sup>9</sup> *Lynch v. United States*, 292 U.S. 571 (1934)

<sup>10</sup> *De Groot v. United States*, 72 U.S. 419 (1866)

<sup>11</sup> *Schillinger v. United States*, 155 U.S. 163 (1894)

<sup>12</sup> *Lynch v. United States*, 292 U.S. 571 (1934)

<sup>13</sup> Там же.

предъявления исков, не обязательно влияет на средство правовой защиты в такой степени, чтобы нарушить обязательство по договору по смыслу Клаузулы о договорах, при условии предоставления разумного срока для подачи таких исков.<sup>14</sup> Таким образом, государство должно предоставить реальную возможность контрагенту подать иск. В деле *Franconia Associates v. U.S.* (2002). Федеральный Суд по искам категорически отверг утверждение Соединенных Штатов о том, что срок давности по иску о нарушении договора регулируется особыми принципами, когда ответчиком является суверен и указал на то, что действуют принципы общего договорного права.<sup>15</sup>

Несмотря на формально провозглашенный принцип юридического равенства в договорных отношениях, государство фактически оставляет за собой суверенитет и публично-значимые функции, что ставит его в особое положение. В деле *Gerhardt F. Meyne Co. v. U. S.* (1948) Федеральный Суд США по искам указал на то, что государство не может заключить обязательное соглашение о том, что оно не будет осуществлять свою суверенную власть... оно может сказать, что если оно это сделает, то заплатит вам сумму, на которую ваши расходы увеличатся.<sup>16</sup>

---

<sup>14</sup> *In re Brown Huckless v. Childrey Vashon*, 135 U. S. 662

<sup>15</sup> *Franconia Associates v. U.S* 536 U.S. 129 (Fed. Cl. Aug. 30, 2004)

<sup>16</sup> *Gerhardt F. Meyne Co. v. United States* 76 F. Supp. 811 (Fed. Cl. 1948)

## **Глава II. Основные доктрины, применяемые судами при рассмотрении дел о договорах, стороной которых является государство**

Право договоров, стороной которых является государство, представляет собой смесь конституционного, статутного и общего права. В странах с англосаксонской правовой системой политический процесс устроен так, что ни один законодательный орган не может ограничить полномочия следующего законодательного органа. Эта позиция была подтверждена в деле *Fletcher v. Peck* (1810): «законодательный орган правомочен отменить любой акт, который был правомочен принять предыдущий законодательный орган».

### **§ 1. Доктрина неотчуждаемых (зарезервированных) полномочий**

Некоторые исследователи выделяют ее как самостоятельную, но по факту ее можно отождествлять с доктриной суверенных актов: они дополняют друг друга.

Эта доктрина формировалась в связи с применением Клаузулы о договорах. Согласно доктрине неотчуждаемых полномочий федеральные органы и органы штатов обладают определенными полномочиями, в частности, полицейской властью, то есть правом обеспечивать порядок на своей территории для улучшения безопасности и общего благосостояния своих жителей, которая является неотъемлемой. Эта правовая позиция была высказана в деле *Stone v. Mississippi* (1880), когда штат сначала выдал исключительную франшизу на проведение лотереи, а потом запретил проведение лотереи вообще.<sup>17</sup> Можно предположить, что требование государства выплатить компенсацию может создать порочные стимулы для обоих контрагентов, если объектом сделки являются с социальной точки зрения неоднозначные объекты. Государство будет задерживать принятие закона, чтобы не возмещать убытки контрагенту, а контрагент будет

---

<sup>17</sup> Хартия или франшиза – это договор по смыслу Клаузулы о договоре//*Dartmouth College v. Woodward* 17U.S. 518 (1819)

сознательно заключать их, чтобы получить возмещение и тем самым получить прибыль, не предпринимая всех действий по исполнению договора. В деле *Beer Co. v. Massachusetts* (1878) суд заявил о том, что «законодательная власть не может по договору лишить себя права обеспечивать эти объекты», имея в виду защиту прав граждан, сохранение общественного порядка. Со временем неотчуждаемые полномочия расширились за пределы полицейской власти.

Государство не может отказаться своих «публичных» функций, но может связать себя в отношении своих «собственнических» функций. Когда государство «опускается со своего суверенного положения и входит в сферу торговли, оно подчиняется тем же законам, что и частные лица».<sup>18</sup> Заключая договоры, государство действует в качестве «собственника», а не «суверена». Соответственно юридические требования, вытекающие из договорных отношений государства, «должны быть направлены на [государство] в его собственном качестве, а не в его суверенном качестве».<sup>19</sup>

Публичные полномочия включают в себя право облагать налогами, право на изъятие имущества для общественных целей со справедливым возмещением, полицейскую власть, право нанимать и направлять работников, а также право регулировать дороги.<sup>20</sup> Например, договоры, по которым происходит передача прав на некоторые объекты недвижимости, в частности судоходные пути (как в деле *Illinois Central Railroad v. Illinois*, 1892), которые находятся в доверительной собственности государства в соответствии с доктриной *public trust*, являются недействительными, в этом случае вопрос об ответственности государства не ставится. К «собственническим» функциям Гриффит относит такие вопросы, как предоставление воды, электричества, услуги парковки, услуги по уборке мусора и т. д.<sup>21</sup> К этой категории относят так же договоры о займе денежных средств в любых формах.

---

<sup>18</sup> *Cooke v. United States*, 91 U.S. 389, 398 (1875) цитируется в *Sun Oil Co. v. United States*, 572 F.2d 786, 818 (Ct. Cl. 1978).

<sup>19</sup> Там же.

<sup>20</sup> Fischel D. R., Sykes A. O. Governmental liability for breach of contract // *American Law and Economics Review*. – 1999. – Т. 1. – №. 1. – С. 340

<sup>21</sup> Griffith J. C. Local Government Contracts: Escaping from the Governmental/Proprietary Maze // *Iowa L. Rev.* – 1989. – Т. 75. – С. 277-308

Примером является дело U.S. Trust Co. v. New Jersey (1977), в котором статутом Нью-Джерси 1974 года и Нью-Йоркский статутом 1974 года был отменен statutory covenant - соглашение, заключенное двумя штатами в 1962 году, которое ограничивало право Портовых властей Нью-Йорка и Нью-Джерси субсидировать железнодорожные пассажирские перевозки из доходов и резервов, заложенных в качестве обеспечения консолидированных облигаций, выпущенных Портовым управлением. Заявитель, как доверительный управляющий и держатель облигаций Портового управления, подал иск в Верховный суд штата Нью-Джерси. Верховный суд Нью-Джерси постановил, что отмена закона была разумным проявлением полицейской власти Нью-Джерси и поэтому не была запрещена Клаузулой о договорах. Суд объяснил это тем, что отмена служила важным общественным интересам, однако, как пишет судья Блэкман, представляющий мнение Верховного Суда США, законодательство, регулирующее права и обязанности договаривающихся сторон, должно основываться на разумных условиях и иметь характер, соответствующий публичной цели, оправдывающей его принятие.<sup>22</sup> Такой целью по обстоятельствам дела не является стимулирование пользования гражданами услуг общественного транспорта для решения проблемы загруженности дорог. Верховный суд США, рассматривая апелляцию, пришел к выводу, что Клаузула о договорах запрещает ретроактивную отмену statutory covenant 1962 года (хотя и не отрицает саму возможность ретроактивной отмены договора в целом), и что штаты могут свободно заключать договоры по таким финансовым («собственническим») вопросам, и такие договоры будут иметь для них обязательную силу.<sup>23</sup> Так, штат (и федеральный центр) может связать себя в будущем осуществлением налоговых и расходных полномочий. Любое обязательство в области финансов теоретически можно рассматривать как

---

<sup>22</sup> United States Trust Co. v. New Jersey, 431 U.S. 1 (1977),

<sup>23</sup> Там же

отказ от расходной способности штата или государства, поскольку деньги, потраченные на погашение долгов, не могут быть использованы на другие цели. Аналогичным образом, полномочия в сфере налогообложения могут быть использованы для погашения долгов.

Судья Бреннан, а также Судьи Маршалл и Уайт соглашаются с коллегами по поводу того, что Конституция запрещает государству «проводить политику, мотивированную простым желанием избежать своих финансовых обязательств», однако считают недопустимым судебное вмешательство в политические и экономические вопросы. В особом мнении судьи выразили свое несогласие с мнением большинства: их позиция не соответствует одной из фундаментальных посылок демократии о том, что каждое поколение представителей может и будет реагировать на потребности и желания тех, кого они представляют, в то время как связанность обязательствами прежнего парламента и сформированного им правительства препятствует этому.

Приводится правовая позиция по делу *Perry v. United States* (1935), о том, что «есть разница между правом Конгресса контролировать или запрещать договоры между частными лицами, когда они препятствуют осуществлению его конституционной власти, и правом Конгресса изменять или отказываться от своих собственных обязательств, когда он занимает деньги согласно данной ему Конституцией власти». Суд постановил, что принятие таких обязательств – это проявление суверенной власти, которая в свою очередь принадлежит народу, а значит Конгресс не может ссылаться на суверенитет народа, чтобы отменить его волю, провозглашенную в Конституции.<sup>24</sup> Складывается ситуация, при которой воля раннего законодателя и его электората связывает волю текущего законодателя и его электората.

Таким образом, условно можно поделить договоры на две группы: первая - договоры, которые заключаются отдельными штатами и/или федеральным центром в области финансов и торговли, и которые согласно

---

<sup>24</sup> *Perry v. United States* (1935), P. 294 U. S. 353.

устойчивой судебной практике признаются обязательными для федерального центра или штата, несмотря на указанное выше противоречие демократическим принципам, вторая – все остальные, в отношении которых Суд устанавливает критерии, при которых тот или иной акт Конгресса будет признаваться в качестве нарушающего договор, например, критерий разумности и необходимости для общественных целей. Применительно к штатам такие критерии изложены в параграфе 1 главы 3.

Другой функцией государства в области финансов и торговли является осуществление государственных закупок. Такие договоры обязательны даже в том случае, если товары или услуги используются для выполнения «публичных» функций, таких как национальная оборона или полиция.<sup>25</sup> Помимо полицейской власти в соответствии с этой доктриной к «неотчуждаемым» полномочиям можно отнести право государства изъять имущество, принадлежащее частным лицам, для общественных целей за справедливую компенсацию (так называемый *eminent domain*, установленный Пятой Поправкой). Эта позиция обозначена в решении по делу *United States Trust Co. v. New Jersey* (1977). Широкое толкование понятия «public use» в Положении об изъятии Пятой Поправки было подтверждено Верховным Судом в деле *Kelo v. City of New London* (2005) - государство может изымать имущество, принадлежащее частным лицам, с выплатой справедливой компенсации для того, чтобы осуществлять в том числе «собственнические функции»,<sup>26</sup> не только публичные. Здесь и далее «public use» используется в широком смысле, в том, который был выявлен Верховным Судом США в деле *Berman v. Parker* (1954) и который обозначает не «общественное пользование», а «общественный интерес», «общественные цели».<sup>27</sup>

---

<sup>25</sup> Massengale, Eugene W. 1984. *Fundamentals of Federal Contract Law*. New York: Quorum Books

<sup>26</sup> *Kelo v. City of New London*, 545 U.S. 469, 484 (2005)

<sup>27</sup> *Berman v. Parker*, 348 U.S. 26 (1954).

## § 2. Доктрина суверенных актов

Если нарушение договора происходит вследствие необходимости сохранить общее благосостояние, а не облегчить или освободить Соединенные Штаты от исполнения своих договорных обязательств, действие должно рассматриваться как суверенное по своему характеру и охватываться подразумеваемым правом государства выполнять свои обязательства перед гражданами в целом. В таких случаях контрагент утверждает, что осуществление государством своих суверенных полномочий, например, принятие законодательства, приводит к тому, что он лишается возможности пользоваться плодами сделки, получение которых он ожидал, когда заключал договор – один из фундаментальных принципов договорного права.<sup>28</sup> То есть доктрина суверенных актов запрещает частным сторонам, включая контрагентов, запрещать суверену осуществлять свои полномочия, а государство в свою очередь не может посредством договора согласиться воздерживаться от принятия определенного законодательства или от регулирования определенным образом. Она освобождает государство от принципа договорного права, согласно которому сторона договора не может оправдывать нарушение договора невозможностью его исполнения, когда ее собственные действия или бездействие создали эту невозможность. И в доктрине признается, что договорное право не должно применяться к спорам с участием государства таким образом, чтобы это могло привести к блокированию осуществления государством суверенной власти.<sup>29</sup> После *Winstar* появилось такое понятие как «регуляторный договор» (*regulatory contract*), предметом которого является обещание государственного органа предоставить и поддерживать определенное время оговоренный в договоре регулирующий режим или, наоборот, воздержаться от регулирующих действий. Поскольку только государство как суверен может предоставить

---

<sup>28</sup> Nibley S. B., Totman J. Let the government contract: The sovereign has the right, and good reason, to shed its sovereignty when it contracts // *Pub. Cont. LJ.* – 2012. – Т. 42. – С. 19

<sup>29</sup> Здесь и ранее *United States v. Winstar Corp.*, 518 U.S. 839 (1996)

регулирующий режим, может показаться, что такие договоры противоречат смыслу доктрины, но посредством отказа от конструкции «двух лиц государства» (государство как суверен и государство как контрагент) и признания таких договоров в качестве средства проведения политики, выбранной сувереном, противоречие может быть устранено.

Смысл доктрины можно свести к следующему положению: государство как договаривающаяся сторона не несет ответственности перед контрагентами за последствия его действий как «суверенного», в отличие от его действий как «договаривающейся стороны».

Эта доктрина зародилась в деле *Deming Investment Co. v. United States* (1865), фактические обстоятельства которого заключались в повышении Конгрессом тарифов на продукты, которые истец *Deming* поставлял в течение длительного срока в соответствии с договором с вооруженными силами США по фиксированным ценам. В результате издания акта истец потерпел убытки. Верховный Суд постановил, что «Соединенные Штаты как контрагент не несут ответственности за Соединенные Штаты как законодателя», что действия суверена затрагивают как частные, так и государственные договоры, а не конкретно этот договор, поэтому нарушения договора со стороны Соединенных Штатов как контрагента отсутствуют. Этот принцип был распространен и на акты исполнительной власти в деле *United States v. Jones* (1866). В деле *Horowitz v. U. S.* (1925) суд отказал в иске, обосновав это тем, что любые действия государственных органов будь то законодательные или исполнительные, до тех пор, пока они являются публичными и общими, не могут считаться специально направленными на изменение, препятствование или нарушение конкретного соглашения. В данном деле эти действия заключались в введении железнодорожного эмбарго Администрацией железных дорог США, из-за которого шелк был поставлен Правительству США с опозданием. Стоит отметить, что повышение тарифов не было

направлено на то, чтобы поставить истца в невыгодное положение.<sup>30</sup> Как и вывод войск в *United States v. Jones* (1866) и железнодорожное эмбарго в *Horowitz v. U. S.* (1925). Определение "публичного и общего акта" в *Horowitz v. U. S.* (1925) оставляет пространство для толкования. В целом его можно определить как «суверенный акт, совершаемый для общего блага».

Дэниел Р. Фишел и Алан О. Сайкс делают вывод о том, что действия и акты государственных органов, которые носят «публичный и общий» характер и содержание которых укладывается в рамки обычных рисков, находящихся вне контроля обеих сторон договора, не нарушают договорных обязательств, а значит государство возмещать убытки не обязано.<sup>31</sup> Доктрина суверенных актов применяется для того, чтобы оградить государство от ответственности, там, где оно не демонстрировало оппортунистическое поведение. Оно возможно не только *ex-post*, но и *ex-ante* и иногда оказывается, что государственные органы специально не раскрывали информацию контрагентам о вероятности изменения политики, создающее для них риск.

Акты, которые не являются «публичными и общими» и которые направлены на ущемление конкретных договорных прав, будут считаться нарушением договора. В деле *Lynch v. United States* (1934) государство продемонстрировало оппортунистическую попытку получить финансовую выгоду в результате запланированного отказа от выплат ветеранам, которые свою часть договора выполнили. Таким образом, «публичность и общность» является критерием, по которому суды проводят различие между особым интересом каких-то социальных групп и регулированием, связанным с выполнением государством публичных функций суверена.

Хотя разграничение между государством, действующим в качестве контрагента, и государством, действующим в качестве суверена, иногда может

---

<sup>30</sup> Schwartz, Joshua. 1996. "Liability for Sovereign Acts: Congruence and Exceptionalism in Government Contracts Law," 64 *George Washington Law Review* 633–702.

<sup>31</sup> Fischel D. R., Sykes A. O. Governmental liability for breach of contract // *American Law and Economics Review*. – 1999. – Т. 1. – №. 1. – С. 352-353

быть недостаточно четким<sup>32</sup>, этот принцип важен потому, что он ограничивает дискрецию судов и тем самым смещает фокус их внимания с оценки эффективности изменений регулятивной политики, в том числе - принятия решения по отказу от исполнения договора. Это не должно входить в компетенцию судов, а должно быть оставлено парламенту и органам исполнительной власти, которые определяют ход политического процесса. Не существует презумпции эффективности действий того или иного состава органов государственной власти в определенной момент времени. Кроме того критерии эффективности деятельности фирм в рыночной экономике достаточно четко определены и понятны участникам рынка, в отличие от критериев эффективности деятельности государства. Будет ли таким критерием благосостояние населения, избравшего данный состав парламента, или населения, избравшего новый состав парламента, того, что отказался от исполнения договора? В первом случае мы разрешаем конфликт между договором и суверенитетом в пользу договора, во втором – в пользу суверенитета.<sup>33</sup> Таким образом, решение вопроса об ответственности государства за нарушение договора в главе 3 будет проанализировано с учетом выведенного тезиса о том, что такая ответственность перераспределяет издержки и выгоды между различными социальными группами.

В настоящее время ведутся споры по вопросу о том, как государство будет доказывать, что суверенный акт фактически сделал невозможным исполнение договора. В деле *Stockton E. Water Dist. v. United States* (Fed. Cir. 2009) судья Джей Плейджер, выступая от имени большинства членов коллегии, предположил, что государство должно нести дополнительное бремя, демонстрируя, что оно не в состоянии выполнить свои суверенные цели альтернативным способом, который позволил бы избежать нарушения

---

<sup>32</sup> «Защита в соответствии с Доктриной суверенных актов не была доступна Бюро мелиорации, поскольку его действия в соответствии с Законом об улучшении проекта Центральной долины не были достаточно «публичными и общими»//*Stockton E. Water Dist. v. United States*, 583 F.3d 1344, 1365–68 (Fed. Cir. 2009)

<sup>33</sup> Hadfield G. Of Sovereignty and Contract: Damages for Breach of Contract by Government //S. Cal. Interdisc. LJ. – 1998. – Т. 8.

договора.<sup>34</sup> Однако это противоречит позиции, выработанной практикой Апелляционного суда Соединенных Штатов по федеральному округу и установленной в деле *Casitas Mun. Water Dist. v. U.S.* (2008), о том, что дискреционность полномочий не изменяет суверенный характер государственных действий.<sup>35</sup> Несомненно, что государство как суверен должно иметь свободу менять политику по своему усмотрению.

### § 3. Доктрина недвусмысленных формулировок

В деле *Gerhardt F. Meyne Co. v. U. S.* (1948) Федеральный Суд США по искам указал на то, что государство не может заключить обязательное соглашение о том, что оно не будет осуществлять свою суверенную власть... оно может сказать, что если оно это сделает, то заплатит вам сумму, на которую ваши расходы увеличатся.<sup>36</sup> Верховный Суд США занял иную позицию по поводу возможности ограничения суверенной власти в деле *Bowen v. Pub. Agencies Opposed to Social Security Entrapment* (1986), подчеркнув, что «суверенная власть, даже когда она не используется, постоянно присутствует, и управляет всеми договорами, подпадающими под юрисдикцию суверена, и останется нетронутой, если не будет сдана в недвусмысленных формулировках».<sup>37</sup>

Если брать за основу первую позицию, то такой договор истолковывается как включающий компонент смещения риска, который может быть применен без эффективного запрета на осуществление суверенного права.<sup>38</sup> К этой интерпретации доктрины возвращается Суд в деле *Winstar*, хотя и не ссылается на нее, на практике суды чаще применяют позицию, установленную в деле *Bowen*.

---

<sup>34</sup> *Stockton E. Water Dist. v. United States*, 583 F.3d 1344, 1365–68 (Fed. Cir. 2009)

<sup>35</sup> *Casitas Mun. Water Dist. v. U.S.* (2008) 543 F.3d 1276 (Fed. Cir. 2008)

<sup>36</sup> *Gerhardt F. Meyne Co. v. United States* 76 F. Supp. 811 (Fed. Cl. 1948)

<sup>37</sup> *Bowen v. Pub. Agencies Opposed to Social Security Entrapment* 477 U.S. 41 (1986)

<sup>38</sup> *Cibinic Jr J. Retroactive Legislation and Regulations and Federal Government Contracts* // *Ala. L. Rev.* – 1999. – Т. 51. – С. 963.

Если брать за основу вторую позицию, то в каждом деле будет рассматриваться вопрос о том, согласилось ли государство на ограничение своей суверенной власти путем наложения неких ограничений на осуществление своих регулирующих полномочий в будущем, а если согласилось, то в достаточно ли ясных и недвусмысленных формулировках?

Первоначально она применялась только штатами для того, чтобы обойти положения клаузулы о договорах Конституции, однако оказалась удобной для федерального центра, который стал ссылаться на нее. Как правило, договорное право налагает на сторону договора ответственность за любую невозможность исполнения, которая может быть отнесена на счет собственных действий этой стороны. В деле *United States v. Winstar Corp* (1996) Судья Скалиа в особом мнении указал, что требование недвусмысленных терминов воплощает в себе отмену обычной разумной презумпции, присущей общему праву договоров о том, что «когда я обещаю сделать X в обмен на то, что вы сделаете Y, я косвенно обещаю не делать ничего, что помешает мне сделать X или вам сделать Y, так что, если любое из наших действий станет невозможным из-за такого действия с моей стороны, я не освобождаюсь от своих обязательств».<sup>39</sup> Однако, когда стороной договора является государство, неразумно предполагать намерение такого рода. Напротив, пишет Скалиа, разумно предположить (если только обратное не является очевидным), что суверен не обещает, что ни одно из его разнообразных суверенных действий, необходимых для общественного блага, случайно не лишит его или другую сторону возможности выполнить одно из обещанных действий. Обе концепции касаются того, ожидали ли стороны, что определенные действия сделают исполнение невыполнимым, но подходят к этому вопросу с кардинально разными презумпциями. Соединенные Штаты обычно не соглашаются урезать свои суверенные полномочия, и договоры должны толковаться в соответствии с учетом этого понимания.

---

<sup>39</sup> *United States v. Winstar Corp.*, 518 U.S. 839 (1996)

По мнению судьи Саутера принуждение Соединенных Штатов оплачивать такие косвенные расходы на законодательство не будет препятствовать осуществлению суверенной власти.

#### **§ 4. Termination for Convenience**

Федеральное положение о закупках (FAR) предусматривает включение пункта о расторжении договора по причинам, отличным от невыполнения контрагентом договорных обязательств (далее – Т/С) практически в каждом государственном контракте.<sup>40</sup> Доктрина, установленная в деле *G.L. Christian and Associates v. United States* (1963) изменила прежнее прецедентное право, которое требовало, чтобы оговорка Т/С была прямо изложена в договоре.<sup>41</sup> Так как FAR является законом, и предполагается, что государственные подрядчики знакомы с FAR, то допустимо включение в государственный контракт оговорки о Т/С в силу закона, даже если сторонами она была намеренно опущена. Государство заинтересовано в таком регулировании по той причине, что при нарушении договора у контрагента возникало бы право требовать возмещения понесенных убытков – как реальный ущерб, так и упущенную выгоду, в то время как при Т/С у контрагента возникает право на иск по цене выполненных работ, фактически понесенных затрат плюс разумная надбавка к прибыли по частично выполненным работам и вообще ничего по еще не начатым работам. Включение этого положения также снижает возможность правительственных агентов и должностных лиц злоупотреблять правами и использовать долгосрочные контракты на государственные закупки для поиска ренты.

Положение о Т/С позволяет контрактным офицерам (*Contracting Officer* или далее - *CO*) расторгать контракт всякий раз, когда они считают, что расторжение контракта отвечает интересам государства.<sup>42</sup> В деле *Nolan Bros.*,

---

<sup>40</sup> Claybrook Jr F. W. *Good Faith in the Termination and Formation of Federal Contracts* //Md. L. Rev. – 1997. – Т. 56. – С. 555-603

<sup>41</sup> Garson M. D. *Krygoski, and the Termination for Convenience: Have Circumstances Really Changed* //Pub. Cont. LJ. – 1997. – Т. 27. – С. 117.

<sup>42</sup> Там же, с.118

Inc. v. United States (1969) Суд подчеркнул, что единственная разница между суммой, рассчитанной в соответствии с стандартами Т/С и суммой, подлежащей возмещению в рамках иска общего права за нарушение договора, заключается в том, что в первом случае не подразумевается ожидаемая, но незаработанная прибыль. Когда государством надлежащим образом используется ссылка на Т/С, хотя и считается, что оно не нарушило контракт, оно все-таки признает некоторую ответственность по контракту, и размер ответственности будет равен сумме, присужденной в соответствии с процедурой урегулирования Т/С.<sup>43</sup> Таким образом, оговорка о Т/С позволяет распределить риски невыполнения государством своих договорных обязательств между сторонами договора и установить баланс между потребностью государства в эффективном расходовании средств, избегания экономических потерь и потребностью его контрагента в возмещении убытков. В зависимости от того, какая потребность из этих превалирует, суды применяют либо правило изменения обстоятельств *Torncello*, либо стандарт недобросовестности/злоупотребления дискреционными полномочиями *Krygoski*.

Эта доктрина восходит к сворачиванию военных закупок после Гражданской войны – считалось, что продолжение исполнения таких договоров после окончания войны противоречит общественным интересам.<sup>44</sup> После Второй мировой войны Соединенные Штаты стали применять Т/С к невоенным закупкам мирного времени с той же целью - уменьшить ответственность государства за нарушение договора, выделив контрагенту долю риска неожиданного изменения обстоятельств.<sup>45</sup> Причины могли быть любые, например, невыгодность таких договоров для государства даже в том случае, когда контрактный офицер знал о том, что на момент заключения договора такая же услуга была доступна по более низкой цене, как это было в деле *Colonial Metals Co. v. U. S.* (1974). Члены федерального сообщества по

---

<sup>43</sup> Там же.

<sup>44</sup> *Ry-Tan v. Washington Sch. Dist.* No. 6 93 P.3d 1095 (Ariz. Ct. App. 2004)

<sup>45</sup> *Torncello v. United States* 681 F.2d 756 (Fed. Cir. 1982)

закупкам выразили недовольство этим решением, поскольку Федеральный суд по искам полностью сосредоточился на заинтересованности государства в том, чтобы избежать финансовых потерь, признав право на расторжение контракта. Федеральный суд по искам воспользовался возможностью отменить решение *Colonial Metals Co. v. U. S.* (1974) восемь лет спустя в *Torncello v. U.S.* (1982), обстоятельства которых были очень схожи.

Суд постановил, что государство теряет право ссылаться на Т/С, если не сможет доказать, что «обстоятельства сделки или ожидания сторон изменились в достаточной степени». Суд обратил внимание на то, что Т/С исторически появилось для того, чтобы распределить риск изменения обстоятельств сделки или ожиданий сторон, а поэтому может быть применимо только в случае появления неопределенных обстоятельств, например, войны. Интересно и то, что цитируя дело *Librach v. United States* (1959)<sup>46</sup>, Суд обратил внимание на то, что государство, в отличие от частных лиц, всегда действует добросовестно. Если подрядчик в споре по контракту утверждает о недобросовестности со стороны государственных служащих, то контрагент должен доказать четкими и убедительными доказательствами субъективную недобросовестность или враждебность со стороны государственного служащего<sup>47</sup> (требует "почти неопровержимых доказательств" - *Knotts v. United States*).<sup>48</sup> Из-за этого тяжелого бремени доказывания частным лицам редко удавалось продемонстрировать недобросовестность государственных органов. Именно поэтому судья Беннетт в мнении группы судей при отсутствии большинства писал о том, что при применении стандарта «недобросовестности/ злоупотребления дискреционными полномочиями» у государства будет мало стимулов выполнять свои контрактные обязательства. Сравнивая государственные контракты с иллюзорными обещаниями, Суд приводит цитату Артура Корбина о том, что такие иллюзорные обещания не

---

<sup>46</sup> *Librach v. United States*, 147 Ct. Cl. 605 (1959)

<sup>47</sup> Nibley S. B., Totman J. Let the government contract: The sovereign has the right, and good reason, to shed its sovereignty when it contracts //Pub. Cont. LJ. – 2012. – Т. 42. – С. 17

<sup>48</sup> *Knotts v. United States*, 121 F. Supp. 630, 631, 128 Ct. Cl 489, 492 (1954).

предполагают никакого ограничения свободы предполагаемого обещателя, оставляют его будущие действия подчиненными его собственной будущей воле, точно так же, как это было бы, если бы он вообще не дал никаких обещаний. Суд исходит из того, что договоры с государством регулируются принципами общего права, соответственно использование этого стандарта при Т/С недопустимо, так как «государство не может использовать оговорку о Т/С, чтобы безнаказанно позорить свои договорные обязательства».

Когда военно-морской флот впервые вызвал «Общественные работы» для выполнения работы, которую по контракту должен был выполнить «Соледад» (Торнселло – учредитель «Соледада»), не было никаких изменений ни в обстоятельствах сделки между Флотом и «Соледадом», ни в их ожиданиях. Флот знал о возможности приобрести те же услуги за более низкую цену до того, как заключил контракт с «Соледад». Государство не может ссылаться на Т/С из-за отсутствия «изменений обстоятельств», следовательно оно должно понести ответственность за нарушение договора.

Три судьи, хотя и согласились с мнением Беннета, но серьезно усомнились в его аргументации, предлагая ограничить стандарт фактами дела. Судья Николс осудил стандарт измененных обстоятельств, предложенный в *plurality opinion*, заявив, что «суд избирает бессмысленно окольный путь к месту назначения, с которым мы все согласны». Решение *Torncello*, будучи принятым мнением группы судей при отсутствии большинства, а не большинством, не было столь авторитетным, чтобы разрешить все вопросы о том, при каких обстоятельствах какой стандарт Т/С подлежит применению и в каких пределах. Суды стремились ограничить сферу применения стандарта «измененных обстоятельств» фактами дела, чаще всего сходными с фактами *Torncello*.<sup>49</sup>

Считается, что при стандарте *Torncello* право контрактных офицеров расторгать договоры более ограничено, чем при стандарте *Krygoski*,

---

<sup>49</sup> Например, в делах *Caldwell & Santmyer, Inc. v. Glickman*, 55 F.3d 1578 (Fed. Cir. 1995); *Salsbury Indus. v. United States*, 905 F.2d 1518 (Fed. Cir. 1990)

соответственно первый стандарт стоит на страже прав контрагента на возмещение убытков, а второй – потребностей государства в эффективном расходовании средств и свободе выбора лучших средств для изменения политики.

К моменту, когда дело *Krygoski Construction Co. v. U. S.* (1996) было принято к рассмотрению, Апелляционный Суд США по федеральному округу (далее – САFC), по-видимому, применял стандарт нарушения *Torncello* только в тех случаях, когда государство заранее знало об обстоятельствах, требующих расторжения договора, и заранее намеревалось расторгнуть договор. Во всех других контекстах Т/С действия государства пересматривались на предмет недобросовестности или злоупотребления дискрецией<sup>50</sup>. Нижестоящие суды чаще всего следовали этой позиции, но были и те, которые применяли стандарт *Torncello*. В деле *Krygoski Construction Co. v. U. S.* (1996) Соединенные Штаты подали апелляцию на решение Федерального суда по искам, в котором использовался стандарт изменившихся обстоятельств *Torncello*.

Противники стандарта *Torncello* утверждают, что он не соответствует нынешнему режиму государственных контрактов. Например, Закон о конкуренции при заключении контрактов 1984 года (далее – СІСА) требует, чтобы исполнительные органы при закупке имущества или услуг, а также их поставщики «действовали в условиях открытой и честной конкуренции», при которых устанавливается наиболее выгодная для государства цена.

В деле *Krygoski Construction Co. v. U. S.* (1996) Суд отмечает, что если, например, контрактный офицер (СО) обнаружит, что заявка ненадлежащим образом описывает требования к контрактной работе, то на основании правил, предусмотренных СІСА, СО имеет право опубликовать новую заявку для участия компаний в тендере и расторгнуть договор для дальнейшей полной и открытой конкуренции. Однако не каждое изменение контракта требует новой

---

<sup>50</sup> Garson M. D. *Krygoski, and the Termination for Convenience: Have Circumstances Really Changed* //Pub. Cont. LJ. – 1997. – Т. 27. – С. 120-130.

процедуры торгов. Так, деле *Salsbury Indus, v. United States* (Fed. Cir. 1990) были установлены следующие факторы, которые необходимо учитывать при определении того, злоупотребляли ли контрактные офицеры своими дискреционными полномочиями: во-первых, недобросовестность СО, во-вторых, обоснованность решения расторгнуть договор (было ли оно обусловлено нормами CICA), в-третьих, объем дискреционных полномочий, делегированных СО, в-четвертых, нарушения применимого закона или регламента.

Обязанность добросовестного и справедливого ведения дел и вытекающие из нее обязанности сотрудничать и не препятствовать как один из основополагающих принципов договорного права применяется к договорным полномочиям государства, а не к его суверенным полномочиям.<sup>51</sup> Как постановил Суд в деле *Centex Corp. v. United States* (Fed. Cir. 2005), обязанность добросовестного и справедливого ведения дел предполагает также обязанность не вмешиваться в исполнение другой стороной и не действовать таким образом, чтобы разрушить разумные ожидания другой стороны в отношении результатов договора<sup>52</sup>. Суд в деле *Precision Pine & Timber, Inc. v. United States* (Fed. Cir. 2010) добавляет обязанность сотрудничать (обязанность выполнять действия, которые возможны на момент заключения договора и необходимы для того, чтобы другие стороны получили возможность воспользоваться плодами обязательства) и обязанность не препятствовать (обязанность не совершать действий, которые могли помешать другой стороне воспользоваться плодами своего сделки).<sup>53</sup> Долг добросовестности и честной деловой практики согласно принципам договорного права в равной мере относится к обеим сторонам договора<sup>54</sup> Контрагент должен предоставить наиболее веские доказательства

---

<sup>51</sup> Nibley S. B., Totman J. Let the government contract: The sovereign has the right, and good reason, to shed its sovereignty when it contracts //Pub. Cont. LJ. – 2012. – Т. 42. – С. 17-18

<sup>52</sup> *Centex Corp. v. United States*, 395 F.3d 1283, 1304 (Fed. Cir. 2005)

<sup>53</sup> *Precision Pine & Timber, Inc. v. United States*, 596 F.3d 817, 820 n.1 (Fed. Cir. 2010)

<sup>54</sup> Restatement (second) of contracts § 205 (1981) (“every contract imposes upon each party a duty of good faith and fair dealing.”)

(preponderance of the evidence) о том, что одна сторона нарушила свои обязанности, не сотрудничая или препятствуя другой стороне в исполнении договора и сделала это с субъективным злым умыслом (subjective bad intent).<sup>55</sup> Между цитатой судьи Скалиа, приведенной выше, и принципами договорного права нет противоречия, потому что эти обязанности распространяются на договорные полномочия государства, а не на его суверенные полномочия. Основная проблема в *Krygoski Construction Co. v. U. S.* (1996) заключалась в установлении правомерности расторжения контракта со ссылкой на Т/С, когда контрактный офицер знал, что может произойти обнаружение нового асбеста, вследствие чего цена контракта повысится, но все равно заключил договор на проведение работ по уборке асбеста. По мнению СО увеличение затрат более чем на 320 тысяч долларов является «кардинальным изменением обстоятельств». Оговорка VEQ предоставляла компании *Krygoski Construction Co.* возможность удалять больше асбеста, если он будет найден, по статической цене за единицу и позволяла корректировать общую контрактную цену (однако VEQ действовала только в отношении определенной части территории, а не всей, где находится асбест). Включение такой оговорки означает, что государство допускало такой вариант развития событий. Состав суда, ссылаясь на *Salsbury Indus, v. United States*, заявил, что «этот суд будет применять *Torncello* только тогда, когда государство заключает договор без намерения выполнять свои обещания». Суд постановил, что СО не действовал недобросовестно и не злоупотреблял своим дискреционным правом. Это решение кажется несправедливым по отношению к *Krygoski*, который начал подготовку к выполнению работ, провел оценку ее объемов, получил обещание оплаты и в итоге остался ни с чем. СО организовал новые торги, уточнив объем работ, который предстоит выполнить (на основе оценки *Krygoski*) и заключил контракт с другой компанией по более низкой цене. Однако СО действовал в рамках СІСА:

---

<sup>55</sup> Nibley S. B., Totman J. Let the government contract: The sovereign has the right, and good reason, to shed its sovereignty when it contracts //Pub. Cont. LJ. – 2012. – Т. 42. – С. 17-18

он определил, что имело место кардинальное изменение обязательства, выходящее за рамки первоначального договора<sup>56</sup>, что в его обязанность входит сохранение честной и открытой конкуренции, поэтому принял решение о Т/С.

В деле *Krygoski Construction Co. v. U. S.* (1996) указывается, что расторжение контракта со ссылкой на Т/С будет являться нарушением контракта, только в том случае, если решение контрактного офицера (СО) было запятнано его недобросовестностью или злоупотреблением дискреционными полномочиями, если государство с самого начала намеревалось уклониться от выполнения своих обещаний.

Майкл Гарсон считает, что отсутствуют потенциально опасные последствия сохранения нынешнего стандарта недобросовестности/злоупотребления дискреционными полномочиями, но видит такие последствия в случае сохранения стандарта измененных обстоятельств. Суды будут вовлечены в микроменеджмент повседневных дел СО, рассматривая вопрос о том, действовал ли СО в условиях изменения обстоятельств, выходящих за рамки ожиданий СО.<sup>57</sup> Из-за неопределенности критерия повышается риск нарушения государством договора, что влечет возмещение реального ущерба и упущенной выгоды, вероятно повысятся общие расходы на закупки из-за увеличения цен, государство будет участвовать только в закупках, которые будут иметь минимальные риски изменения обстоятельств, соответственно количество контрактных взаимодействий сократится, для некоторых фирм государственные заказы - это один из немногих или единственный способ поддерживать свою деятельность, поэтому по цепочке многие фирмы прекратят свое существование.<sup>58</sup> Именно в долгосрочной перспективе с учетом того, что Соединенные Штаты наращивают объемы государственных закупок и

---

<sup>56</sup> *ATT Communications, Inc. v. Wiltel, Inc.*, 1 F. 3d 1201, 1205 (Fed. Cir. 1993).

<sup>57</sup> *Caldwell Santmyer, Inc. v. Glickman*, 55 F.3d 1578, 1581 (Fed. Cir. 1995); *Salsbury Indus, v. United States*, 905 F.2d 1518, 1521 (Fed. Cir. 1990)

<sup>58</sup> *Garson M. D. Krygoski, and the Termination for Convenience: Have Circumstances Really Changed //Pub. Cont. LJ. - 1997. - Т. 27. - С. 137-140*

реформируют эту систему, стандарт «измененных обстоятельств» может замедлять темпы развития этого сегмента экономики, хотя возможно последствия будут не такими пессимистичными, как ожидает Майкл Гарсон.

Противники правовой позиции Krygoski утверждают, что недобросовестность/злоупотребление дискреционными полномочиями как стандарт противоречит историческому анализу Т/С, препятствует выходу малого бизнеса на рынок государственных закупок и противоречат основам договорного права. Исходя из приведенной выше практики применения Т/С в первые годы после возникновения этой доктрины, описанной судьей Беннетом в *Torncello*, можно сделать вывод, что это интерпретация ситуаций государством, когда оно ссылалось на Т/С, а не изучением того, как суды подходили к решению этого вопроса: суды до *Torncello* предпочитали считать ссылку государства на Т/С ненадлежащей только в случае демонстрации недобросовестности государственными органами или злоупотребления дискреционными полномочиями.<sup>59</sup> Второй тезис тоже не совсем верен, наоборот, наблюдается увеличение расходов на контракты с малым бизнесом.<sup>60</sup> Более того в бюджете США за 2021 год указывается, что минимум 23% контрагентов должны быть представителями малого бизнеса.<sup>61</sup> Другие безосновательно считают, что из-за использования этого стандарта компании завышают цены на тендере, однако на деле Krygoski мы видим, что компании наоборот охотно делают уступки в цене, а вероятность Т/С слишком мала: одно из каждых 250 договоров вряд ли заставит компании отказаться от очень выгодных, но рискованных договоров.<sup>62</sup> Кроме того, вступая в отношения с государством фирмы несут не только риск произвольного прекращения договора, например, к ним предъявляются более высокие (а иногда и специальные) требования касающиеся аудита, обеспечения качества,

---

<sup>59</sup> Там же. С.141-142

<sup>60</sup> Там же. С. 145-149

<sup>61</sup> Budget of the U.S. Government 2021. Office of management and budget | OMB.GOV . — Текст : электронный // : [сайт]. — URL: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/BUDGET-2021-BUD/pdf/BUDGET-2021-BUD.pdf> (дата обращения: 01.05.2021).

<sup>62</sup> Garson M. D. Krygoski, and the Termination for Convenience: Have Circumstances Really Changed //Pub. Cont. LJ. – 1997. – Т. 27. – С. 45-149

технических данных, документации, а также повышенная подверженность гражданской и уголовной ответственности. Расторжение договора Соединенными Штатами в одностороннем порядке, когда нет оснований для Т/С может стать дорогостоящим уроком для государства и для отдельных чиновников, которые будут тщательнее обосновывать и согласовывать свои действия, поскольку контрагент будет иметь право на возмещение ущерба, включая упущенную выгоду. Что касается тезиса о противоречии стандарта Krygoski основам договорного права, то с одной стороны, по мнению Майкла Гарсона, право на получение предполагаемой прибыли сводится на нет самим включением оговорки о Т/С сторонами договора (диспозитивное регулирование)<sup>63</sup>, а с другой стороны в силу доктрины Christian Т/С может подразумеваться в договоре, даже если стороны не включили такую оговорку (императивный элемент) – решать вопрос о ее наличии или отсутствии будет суд. Однако, думается, что право, регулирующее договоры с государством в силу его публичного статуса не должно быть чисто частным правом.

Таким образом, стандарт Krygoski является наиболее подходящим для федеральной контрактной системы.

## **§ 5. Доктрина фактических полномочий**

Смысл доктрины заключается в том, что положения государственных договоров, которые находятся вне фактических (в отличие от кажущихся) полномочий государственных агентов, которые их заключают, не будут исполняться.<sup>64</sup> В деле *Federal Crop Insurance Co. v. Merrill* (1947) фермер был введен в заблуждение Федеральной корпорацией страхования урожая (государственной корпорацией, созданной в соответствии с актом Конгресса) тем, что она приняла заявку о страховании такого типа пшеницы, который не

---

<sup>63</sup> Garson M. D. Krygoski, and the Termination for Convenience: Have Circumstances Really Changed //Pub. Cont. LJ. – 1997. – Т. 27. – С. 144

<sup>64</sup> Fischel D. R., Sykes A. O. Governmental liability for breach of contract //American Law and Economics Review. – 1999. – Т. 1. – №. 1. – С. 357

покрывался Актом о страховании. Думается, что незнание фермера законов более простительно, чем злоупотребление полномочиями корпорации как профессионального участника рынка услуг страхования, осуществляющей свою деятельность от имени государства. Суд отказал истцу в возмещении убытков, постановив, что «любой, кто вступает в соглашение с государством, берет на себя риск, что он ознакомлен с тем, что тот, кто намеревается действовать от имени государства, остается в пределах своих полномочий».<sup>65</sup> Исходя из этого в целях предосторожности частным лицам стоит ознакомиться со всеми законами и подзаконными актами, запросить у агента документальное подтверждение своих полномочий, узнать их объем, прежде чем полагаться на их существование. Суды исходят из того, что другая сторона сможет лучше проконтролировать поведение агента, чем государство-принципал, что вообще-то несправедливо по отношению к добросовестно действующему контрагенту, но не лишено экономического обоснования: давление групп интересов может привести к тому, что должностные лица захотят превысить свои полномочия, и тот факт, что убытки будут возмещаться из государственной казны, а не из кошелька агентов, действующих от имени государства будет создавать порочные стимулы.<sup>66</sup>

## **§ 6. Доктрины и United States v. Winstar Corp.**

Одним из самых значимых для понимания природы участия государства в договорных отношениях является дело United States v. Winstar Corp. Несмотря на отсутствие единства мнений среди судей Winstar показал, что большинство из них отказываются применять доктрины защиты государства от ответственности. По государственному плану спасения обанкротившихся сберегательных банков, три юридических лица (истцы, в том числе Winstar) были созданы путем надзорных слияний.

---

<sup>65</sup> Federal Crop Ins. Corp. v. Merrill, 332 U.S. 380, 68 S. Ct. 1, 92 L. Ed. 10 (1947), p.384

<sup>66</sup> Fischel D. R., Sykes A. O. Governmental liability for breach of contract // American Law and Economics Review. – 1999. – Т. 1. – №. 1. – С. 358-359

В то же время более здоровые сберегательные фонды, которые выиграли от падения процентных ставок в течение десятилетия, но испытывали все большие трудности в конкуренции с обанкротившимися сберегательными фондами за депозитные средства, стали поддерживать изменения в регулировании, выражающиеся в предоставлении благоприятных правил бухгалтерского учета, которые делали покупку обанкротившегося сберегательно-кредитного учреждения более финансово привлекательной. Без этого стимула налогоплательщики бы понесли убытки от ухода с рынка из-за банкротства сберегательных банков.<sup>67</sup>

Впоследствии, основываясь на выводе о том, что это регулирование было опрометчивым, Конгресс принял FIRREA, ужесточивший требования к капиталу сберегательных банков и запретивший подсчитывать гудвилл и капитальные кредиты при расчете необходимых резервов, по причине невыполнения новых требований к капиталу имущество Winstar было арестовано. Ответчики подали иск о возмещении денежного ущерба ссылаясь на то, что Совет директоров Федерального банка ипотечного кредитования и FSLIC пообещали им, что гудвилл, который был создан при покупке сберегательного учреждения его федеральным регулятором в их сделках по слиянию, является нематериальным активом и учитывается при оценке выполнения нормативные требования к капиталу.

Затем Федеральный окружной суд отменил решение Федерального Суда по искам, постановив, что у сберегательных банков в соответствии с доктриной недвусмысленности не было обязательных договоров с государством. Верховный Суд США постановил, что Соединенные Штаты несут ответственность перед ответчиками за нарушение договора. По мнению Судьи Саутера, к которому присоединились судья Стивенс, судья О'Коннор и Судья Брейер доктрины недвусмысленности, зарезервированных полномочий и суверенных актов в данном деле не подлежат применению.

---

<sup>67</sup> Echeverria J. Public Takings of Public Contracts //Vt. L. Rev. – 2011. – Т. 36. – С. 5

Рассмотрим возможность применения доктрины недвусмысленности в этом деле. Все стороны и суд в судебном процессе *Winstar* признали, что документы о слиянии нигде не упоминали о возможности изменения регулирования, не говоря уже о том, что государство берет на себя риск такого изменения и обещает возместить ущерб.<sup>68</sup> Если бы суд применил эту доктрину не отходя от предыдущей практики, то последствия были бы следующими: так как обещание не изменять политику не было выражено в ясных и недвусмысленных терминах (на это, кстати, Суд обратил внимание и посоветовал использовать более понятные формулировки), то обязательство не является обязательным для государства, а у Конгресса сохраняется право изменения нормативов<sup>69</sup>. Такое применение доктрины недвусмысленности и доктрина суверенных актов повышает издержки заключения сделок по снижению общего благосостояния для заинтересованных групп и чиновников, что позволяет лучше всего сдерживать политику, ориентированную на получение ренты.<sup>70</sup>

Ранее были рассмотрены причины и правовые основания, по которым суд не должен оценивать содержание регулятивной политики, ее эффективность для государства и частных лиц, однако в этом деле суд решил провести экономический анализ ситуации, который впоследствии многие исследователи сочли неверным. Суд пришел к выводу, что «было бы нерационально» для сберегательных банков продолжать слияния без договорных гарантий того, что текущая политика регулирования будет продолжаться, следовательно «реалии сделки благоприятствовали прочтению

---

<sup>68</sup> Fischel D. R., Sykes A. O. Governmental liability for breach of contract // *American Law and Economics Review*. – 1999. – Т. 1. – №. 1. – С. 365

<sup>69</sup> Если бы посредством недвусмысленных формулировок государство отказалось от суверенных полномочий, то у Конгресса не было бы права менять регулирование (с опорой на *Bowen v. Pub. Agencies Opposed to Social Security Entrapment* 477 U.S. 41 (1986))

<sup>70</sup> Fischel D. R., Sykes A. O. Governmental liability for breach of contract // *American Law and Economics Review*. – 1999. – Т. 1. – №. 1. – С. 365

этих документов как договорных обязательств, а не просто заявлений о политике». То есть Суд указал на то, что обещание государства постоянно предоставлять определенный нормативный режим является существенным условием договора. Отказавшись применять доктрину недвусмысленности, Суд по сути создал совершенно новый подход к рассмотрению дел, влекущий, по мнению Р. Фишела и Алана О. Сайкса, порочные стимулы для поиска ренты. Он признал обязательность для государства достигнутых договоренностей (не сформулированных в недвусмысленных выражениях), но при этом признал право Конгресса принимать акты, подобные FIRREA (судья Саутер указал на то, что договор содержал скорее обещание взять на себя риск того, что такое законодательство будет принято, а не обещание не принимать акты подобные FIRREA), нарушающие по логике суда обязательства не менять порядок учета гудвилла, и самое важное – Суд признал право истца требовать от государства возмещение убытков.

В контексте этих выводов рассмотрим аргументы в пользу позиции о том, что сделанный Судом экономический анализ был неправильным. Даниэл Р. Фишел и Алан О. Сайкс утверждают, что сберегательные банки, которые были заинтересованы в слиянии с обанкротившимися конкурентами, тоже были неплатежеспособными, их пассивы превышали активы, и государство, выступая в качестве страховщика, взяло на себя риск создания иллюзии их платежеспособности посредством благоприятного нормативного регулирования, в то время как сберегательные банки от таких операций ожидали получение прибыли в результате, так называемого, синергетического эффекта.<sup>71</sup> Другими словами, сберегательные банки ничего не платили в этих приобретениях, все расходы были оплачены государством. С учетом вышесказанного удовлетворение требования истца о возмещении ущерба – это стимулирование судами того самого поиска ренты группами интересов. Кроме

---

<sup>71</sup> Fischel D. R., Sykes A. O. Governmental liability for breach of contract // American Law and Economics Review. – 1999. – Т. 1. – №. 1. – С. 362

того это может негативно повлиять на законодателя, который предпочтет не принимать законы, основным последствием принятия которых будет выплата компенсаций многочисленным истцам по нарушенным договорам. Это препятствует полноценному выполнению государством публичных функций.

Суд отказался применять доктрину недвусмысленности, хотя имел все основания для ее применения, если основываться на предшествующей практике, и указал на то, что ее применение повлекло бы концептуальное расширение доктрины за пределы ее исторического и практического обоснования, а также поставило бы под угрозу способность государства заключать договоры, что само по себе является «сущностью суверенитета». До *Winstar* доктрина недвусмысленности освобождала Соединенные Штаты от ответственности за невыполнение обещания: если в договоре не указано иное намерение в неопровержимо ясных выражениях, применяется суверенный иммунитет.<sup>72</sup> *Winstar* по существу установил новую презумпцию того, что государство несет ответственность за нарушение своих обещаний. В совпадающем мнении судья Брейер указал, что применение доктрины безошибочности должно быть ограничено несколькими подходящими обстоятельствами, однако и после *Winstar* не понятно, какими должны быть эти обстоятельства. Как только договор истолковывается как перенос риска нарушения на государство, частное договорное право регулирует условия требований по такому договору.<sup>73</sup> Обещание не требует явного заявления, но может подразумеваться обстоятельствами соглашения в соответствии с толкованием договоров по правилам общего договорного права. Существенным условием договора должно быть обещание государства постоянно предоставлять определенный нормативный режим. То есть это обещание должно быть "аспектом сделок, который разумно должен рассматриваться как непереносимое условие их согласия", без которого

---

<sup>72</sup>Alan R. Burch, *Purchasing the Right to Govern: Winstar and the Need to Reconceptualize the Law of Regulatory Agreements*, 88 *Ky. L.J.* 245, 248 (1999).

<sup>73</sup> Суд часто упоминал, что права и обязанности, по договору с государством «в целом регулируются правом, применимым к договорам между частными лицами».

соглашение было бы иллюзорным. Только в том случае, если выплата государством денежного ущерба препятствует осуществлению его суверенной власти, применяется доктрина недвусмысленных формулировок. С этим не согласился судья Саутер. *Winstar* продолжил поддерживать широкую презумпцию доктрины безошибочности, но ослабил ее действие, чтобы эту презумпцию можно было легко преодолеть.<sup>74</sup>

Рассматривая возможность применения доктрины фактических и кажущихся полномочий, стоит отметить, что Суд признал отсутствие у Федеральной корпорации по страхованию сбережений и кредитов (FSLIC) и у действующего через нее Правления Банка полномочий гарантировать ответчикам убытки, возникающие в результате последующих регулятивных изменений, и указал на то, что такие полномочия не могут быть предоставлены без прямого делегирования в силу того, что в соответствии с доктриной зарезервированных полномочий право Конгресса изменять закон в будущем является существенным атрибутом его суверенитета.

Суд также рассмотрел *FIRREA* с точки зрения его «публичного и общего» характера, применив доктрину суверенных актов. Соединенные Штаты ссылались на то, что требования к регулятивному капиталу распространялись на всех субъектов регулируемой отрасли, то есть являлись «публичным и общим актом» и следовательно не должны рассматриваться как «специально изменяющие, модифицирующие, препятствующие или нарушающие конкретные договоры, которые оно заключает с частными лицами»<sup>75</sup>. Суд представил иную интерпретацию доктрины суверенных актов. По мнению группы судей при отсутствии большинства она не применяется, когда договор показывает, что Соединенные Штаты приняли на себя риск изменения законодательства. Государство должно доказать, что оно не несет ответственности в соответствии с доктриной невозможности исполнения

---

<sup>74</sup> Там же.

<sup>75</sup> *Jones v. United States*, 1 Ct. Cl. 383, 384 (1865)

общего договорного права. И даже если суверен успешно докажет «публичный и общий» характер своего деяния, такая демонстрация не освобождает его от ответственности за нарушение.

Исходя из приведенного анализа становится понятно, что аргументация, предложенная Соединенными Штатами соответствовала укоренившимся в судебной практике смыслам доктрин, идеям, вложенным историческим законодателем, но фактические обстоятельства оказались на стороне берегательных фондов, которым Суд, по мнению некоторых, превысив свои полномочия и изменив смысл доктрин, решил пойти на уступку берегательным фондам - было бы несправедливо, если бы государство не должно было нести ответственности за нарушение договора в случае, когда берегательные фонды «любезно согласились» прийти на помощь Соединенным Штатам.

Интересна в этом плане работа С. Нибли и Дж.Тотман «Let the government contract», в которой описываются примеры неправильного анализа судами указанных доктрин, как пишут авторы «пошедшее наперекосяк прецедентное право». Однако сложно то же самое сказать про *Winstar*, *Mobil Oil* и некоторые иные схожие громкие дела, потому что Суды последовательно и обоснованно (хотя дискуссии не утихают) расширили сферу применения общего договорного права, подкрепив свою точку зрения некоторыми конституционными принципами (например, запрет перекладывать «общественное бремя» на определенную группу лиц), но сократили сферу применения традиционных доктрин, освобождавших государство от ответственности в связи с осуществлением им суверенных функций. Так, решением Верховного суда США по делу *Mobil Oil* введены в сферу договоров с государством два института договорного права: досрочное расторжение договора (*anticipatory repudiation*) и компенсация, определяемая суммой выгоды несправедливо полученной нарушившей стороной (*restitution damages*). Как пишет Син Джей Ли, хотя эти институты и являются новыми

для этой категории договоров, их введение не делают государство более уязвимым для ответственности за нарушение обязательства.<sup>76</sup> Закон, принятый Конгрессом и подписанный президентом, представляет собой заявление о досрочном расторжении договора, а компенсация, определяемая суммой выгоды несправедливо полученной нарушившей стороной, за нарушение договора – это только терминология договорного права для уже существующего средства правовой защиты — полного или частичного расторжения договора из-за фактического или предполагаемого невыполнения контрагента своих договорных обязательств (Termination for Default).<sup>77</sup>

Эта тенденция на данный момент еще не так четко прослеживается в последних решениях судов, и пока что является редкостью, иначе как найти денежные средства на всех возмущенных нарушении контрагентов?

---

<sup>76</sup>Lee S. J. c of Government Breach-of-Contract Claims-An Analysis of the Unmistakability Doctrine and the Sovereign Acts Doctrine //Pub. Cont. LJ. – 2001. – Т. 31. – С. 574-576

<sup>77</sup>Там же

## Глава III. Применение судами положений Конституции при рассмотрении дел о договорах, стороной которых является государство

### § 1. Клаузула о договорах (Contract Clause)

Статья 1, раздел 10, пункт 1 гласит: *«ни один из штатов не может ...издавать законы, нарушающие обязательства по договорам...»*.<sup>78</sup>

Клаузула о договорах была направлена на то, чтобы помешать штатам принимать законы, освобождающие должников от обязательств по их добровольным договорам с другими частными лицами, как это сделали несколько штатов за десятилетие до принятия Конституции.<sup>79</sup> Однако Суд начал ее применять к договорам между штатами и частными субъектами для отмены законодательных актов, которые, как считалось, ущемляли имущественные права. Верховный суд в деле *Fletcher v. Peck* (1810) постановил, что Положение о договорах запрещает штату Джорджия аннулировать земельные гранты (которые Суд квалифицировал как договоры), предоставленные предыдущим законодательным органом за взятку. Хотя это положение позволяло законодательным органам штатов связывать своих преемников путем заключения договоров, вскоре стало очевидно, что такие договоры могут стать угрозой суверенным обязанностям штатов.

Более поздние решения были менее склонны признавать договорные ограничения на законодательную свободу действий. В деле *Sturges v. Crowninshield* (1819) Суд постановил, что Нью - Йоркский закон о банкротстве нарушает клаузулу о договорах, поскольку он допускает полное стирание ранее существовавших договорных обязательств должника. В 1785 году Массачусетс предоставил компании *Charles River Bridge* монопольное право

---

<sup>78</sup>«No State shall enter into any Treaty...pass Law impairing the Obligation of Contracts». В данном случае слово «laws» стоит толковать расширительно – это не только акты представительного органа штата, но и иные нормативные акты// The U.S. Constitution. — Текст : электронный // : [сайт]. — URL: <https://constitutioncenter.org/interactive-constitution/full-text> (дата обращения: 24.05.2021).

<sup>79</sup>Massey C. R., Denning B. P. *American Constitutional Law: Powers and Liberties*. – Wolters Kluwer Law & Business, 2019.C.619

на строительство и эксплуатацию платного моста через реку Чарльз. В 1828 году Массачусетс нанял другую компанию для строительства конкурирующего бесплатного моста. Суд в деле *Charles River Bridge v. Warren Bridge* (1837) отклонил утверждение компании *Charles River Bridge* о том, что Массачусетс нарушил договор: по мнению суда Массачусетс никогда не обещал не устанавливать бесплатный мост в том месте, где возведен мост Уоррен, и не обещал исключительную франшизу компании *Charles River Bridge*.<sup>80</sup> Суд пришел к выводу, что Массачусетс, возможно, и уничтожил экономическую ценность договора компании *Charles River Bridge*, но не ущемил прав, предоставленных в соответствии с ней. Также Суд указал на то, что штаты, заключая договоры, не могут отказаться от своих полномочий контролировать вопросы, касающиеся общественного здравоохранения или благосостояния. Конечно, следует помнить, что даже полицейская власть ограничена Четырнадцатой поправкой, которая запрещает штатам изымать имущество, принадлежащее частным лицам, без надлежащей правовой процедуры.<sup>81</sup>

Некоторые исследователи делят судебную практику по клаузуле о договорах на ту, что «до дела *Home building & loan association v. Blaisdell* (1934)» и «после». В 1933 году Миннесота приняла Закон о моратории на ипотеку в попытке бороться с чрезвычайной экономической ситуацией, вызванной Великой депрессией. Закон продлил срок выкупа абсолютно на шестнадцать дней и условно на два года (что означало отсрочку приобретения права собственности кредитора) и обязал их уплачивать ренту. Это привело к существенному изменению условий договора. Суд постановил, что закон не нарушает Клаузулу о договорах и вывел пять критериев проверки законов на конституционность: существует ли чрезвычайная экономическая ситуация,

---

<sup>80</sup>Charter – государственный акт, посредством которого устанавливается право или привилегия лицу, образующему корпорацию, на существование и ведение бизнеса в качестве корпорации, а также на осуществление прав и полномочий, связанных с этой формой организации или обязательно подразумеваемых в гранте (corporate franchise)

<sup>81</sup>Roller E. W. The Impairment of Contract Obligations and Vested Rights //Marq. L. Rev. – 1921. – Т. 6. – С. 133

служит ли законодательство законной цели общества, оправданы ли действия законодателя чрезвычайной ситуацией и только ли они соответствуют чрезвычайной ситуации, является ли освобождение от договорных обязательств необоснованным и является ли законодательство временным.<sup>82</sup> Суд постановил, что когда возникает чрезвычайная ситуация, может возникнуть потребность в ограничении частных прав в интересах общества, но ни в коем случае не в интересах отдельных лиц. Действительно, американская экономика в 1929 году попала в дефляционную петлю, и для ее восстановления требовалось принятие крайне непопулярных в краткосрочной перспективе мер. В этом случае клаузула о договорах должна толковаться в соответствии с доктриной зарезервированных полномочий, то есть Миннесота, принимая закон, осуществляла свои полицейскую власть. Однако при отсутствии такой чрезвычайной ситуации согласование этих положений исключает толкование, позволяющее государству отказываться от долгов, уничтожать договоры или отказывать в средствах для их исполнения.<sup>83</sup> Создатели Конституции не могли предвидеть всех возможных проблем, поэтому Конституцию не следует применять с буквальной точностью: точный объем клаузулы о договорах не определяется дискуссиями в Конституционном конвенте или простыми историческими причинами, включая предшествующее законодательство Штатов, которое привело к принятию этой клаузулы и других запретов в том же разделе Конституции. С этой позицией не согласился Судья Сазерленд, к которому присоединились судьи Ван Девантер, МакРейнольдс и Батлер. По их мнению, вся цель толкования Конституции состоит в том, чтобы раскрыть смысл, установить и осуществить намерение ее создателей. И если вспомнить 1790-е годы в США, что клаузула о договорах была разработана и принята с конкретной целью – предотвращение принятия законов, направленных на облегчение положения должников во время финансового кризиса, то этот аргумент можно было бы

---

<sup>82</sup> Home Building & Loan Assn. v. Blaisdell, 290 U.S. 398 (1934).

<sup>83</sup> Там же.

признать убедительным, однако изначально эта клаузула применялась только к договорам между частными лицами. Судья Сазерленд в своем особом мнении опасался, что при таком толковании конституционные права окажутся под угрозой. Суд указал на то, что в его компетенцию не входит оценка разумности законов с точки зрения политики, а также является ли их действие на договоры прямым или просто случайным, свою роль в разрешении споров по договорам, стороной которых является государство, Суд видит в установлении того, является ли цель законной, а средства разумными и подходящими для достижения цели. В этом деле мы видим, что штаты сохраняют не только право запрещать определенные виды деятельности (и, таким образом, аннулировать договоры на выполнение этих видов деятельности), но и право изменять условия договоров в законных целях для достижения некоторого предполагаемого общественного блага, однако такое право ограничено установленными критериями. Изменение средств правовой защиты для исполнения договора само по себе не умаляет существенных прав, обеспеченных договором. Важным представляется тезис о том, что «обязательство по договору» в конституционном смысле подразумевает юридическую обязанность исполнять указанное обязательство по этому договору, а не подменять и исполнять против воли одной из сторон иное, хотя и не менее ценное обязательство. Однако содержание понятий «разумность» и «необходимость для достижения общественно полезной цели» так и не было определено.

Следующей вехой в эволюции понимания клаузулы о договорах является дело *U.S. Trust Co. v. New Jersey* (1977). В параграфе 1 главы 2 рассматривались фактические обстоятельства дела, здесь же рассмотрим применение в нем клаузулы о договорах. Клаузула о договорах не запрещает штатам отменять или изменять статуты (они рассматриваются как договор, когда формулировка и обстоятельства свидетельствуют о законодательном

намерении создать частные права договорного характера<sup>84</sup>) и договоры в целом или принимать законы с обратной силой. Штаты должны обладать широкими полномочиями для принятия общих мер регулирования, не беспокоясь о том, что в результате договоры с частными лицами будут нарушены или даже уничтожены, так как выполнение публичных функций – это основная задача государства как суверена. В противном случае можно было бы получить иммунитет от государственного регулирования путем заключения частных договоров.<sup>85</sup> Продолжая тенденцию, установленную в *Home building & loan association v. Blaisdell* (1934), Суд указал на то, что нарушение прав по договору может быть конституционным, если оно является разумным и необходимым для достижения важной общественной цели. Критерий разумности применяемых законодательными и исполнительными мер дает судам право, которого доктринально и согласно установившейся практике у них быть не должно, оценивать деятельность органов законодательной или исполнительной власти вне их связи с нарушением прав граждан. Думается, что это не совсем тот критерий, который должен использоваться судами в будущем.

Нельзя сказать, что в деле *U.S. Trust Co. v. New Jersey* (1977) отмена пакта была разумной: по мнению Суда отмена не была предназначена для борьбы с неизвестными и непредвиденными обстоятельствами и проблемами. Так, Нью-Йорк уже на момент подписания *statutory covenant* осознавал проблему перегруженности дорог и озабоченность избирателей проблемами охраны окружающей среды и энергосбережения. Судья Бреннан, к которому присоединились судьи Уайт и Маршалл, выразил несогласие. В особом мнении он пишет, что нигде не указывается, что государственная политика, может быть разумной только в том случае, если она нацелена на решение проблем, которые ранее были абсолютно неизвестны.<sup>86</sup> Думается, что это

---

<sup>84</sup> *United States Trust Co. v. New Jersey*, 431 U.S. 1 (1977). Footnote 14

<sup>85</sup> Massey C. R., Denning B. P. *American Constitutional Law: Powers and Liberties*. – Wolters Kluwer Law & Business, 2019.C.626

<sup>86</sup> *United States Trust Co. v. New Jersey*, 431 U.S. 1 (1977).

лишит законодательные собрания и администрации штатов стимула признать ошибки и изменить вектор регулирования. В этом деле судьи также высказались по поводу степени нарушения прав контрагентов. Большинство судей убеждено, что нельзя поддерживать отмену *statutory covenant* только потому, что права держателей облигаций не были полностью уничтожены. Представляется, что сравнивать с чисто утилитарной точки зрения масштаб общественной пользы и величину потерь контрагентов государства, без учета иных обстоятельств не совсем справедливо. Критерий необходимости предполагает, что, во-первых, не изменяя договорные отношения, штаты могли бы принять альтернативные средства достижения общественно-полезных целей, во-вторых, нельзя сказать, что полная отмена ковенанта была действительно необходимой. Так Судом были применены критерии «разумности и необходимости», при соблюдении которых нарушение государством обязательств по договорам является конституционным. В последующих делах суды вывели такое понятие как «существенное нарушение договора».<sup>87</sup> Уничтожение прав по договору не является необходимым условием для выявления существенного нарушения. С другой стороны государственное регулирование, ограничивающее сторону в получении прибыли, которую она разумно ожидает от договора, не обязательно представляет собой существенное нарушение. В деле *Sveen v. Melin* (2018) Суд постановил, что для того, чтобы понять, существует ли существенное нарушение или нет, нужно обратить внимание на: (1) степень, в которой закон подрывает договорное право, (2) нарушение разумных ожиданий стороны и (3) препятствует ли закон стороне гарантировать или восстановить свои права.<sup>88</sup>

---

<sup>87</sup>Massey C. R., Denning B. P. *American Constitutional Law: Powers and Liberties*. – Wolters Kluwer Law & Business, 2019.C.631

<sup>88</sup> *Sveen v. Melin* 138 S. Ct. 1815 (2018) 201 L. Ed. 2d 180

## § 2. Пятая Поправка ( Taking Clause)

Согласно Пятой Поправке *«никто не может быть лишен жизни, свободы или имущества без надлежащей правовой процедуры, имущество, принадлежащее частным лицам, не должно изыматься для общественных целей без справедливого возмещения»*.<sup>89</sup>

В рассмотренном выше деле *Lynch v. United States* (1934) Суд установил, что полисы ежегодного возобновляемого страхования являются договорами Соединенных Штатов и что такие действительные договоры Соединенных Штатов являются имуществом, и права частных лиц, вытекающие из них, защищены Пятой поправкой.<sup>90</sup> В этом случае аннулирование договоров государством влечет появление права требования у другой стороны на получение справедливой компенсации. Как только будет определено, что изъятие осуществляется для общественных целей и находится в пределах предоставленных полномочий, необходимость или целесообразность конкретного принятия решения осуществляется исключительно законодательным органом или органом, которому законодательный орган делегировал это решение, и не подлежит судебному пересмотру.<sup>91</sup>

В связи с этим возникает вопрос: когда государство совершает какие-либо действия, которые ограничивают или разрушают ценность данного им обещания, должен ли его контрагент подать иск на Соединенные Штаты за нарушение договора или же за изъятие имущества, принадлежащего частным лицам, по смыслу Пятой Поправки, или можно использовать оба способа защиты прав? Джон Эчеверриа, основываясь на анализе судебной практики высших судов, предлагает следующее решение проблемы: если претензия

---

<sup>89</sup> Автор статьи предложил такой перевод Положений Пятой Поправки, потому что считает неправильным предложенный некоторыми российскими переводчиками перевод. Во-первых, *property* – это имущество, а не собственность (*ownership*). На этом настаивает Е.А. Суханов. Термин «имущество» включает в себя не только вещи, но и имущественные права, например, по договору. Во-вторых, некоторые переводчики перевели «*public use*» как «общественное использование», однако имущество одного частного лица может быть передано и другому частному лицу, если того требуют общественные цели// по смыслу *Berman v. Parker*, 348 U.S. 26 (1954).

<sup>90</sup> *Lynch v. United States*, 292 U.S. 571 (1934)

<sup>91</sup> *Rindge Co. v. Los Angeles County*, 262 U.S. 700, 709 (1923); *Bragg v. Weaver*, 251 U.S. 57, 58 (1919); *Berman v. Parker*, 358 U.S. 26, 33 (1954)

возникает в результате действий государства, затрагивающих интересы по договору, сторона, как правило, должна ограничиваться договорными средствами правовой защиты<sup>92</sup>, кроме тех случаев, когда государство запретило своему контрагенту (по смыслу Пятой Поправки public contract interest – есть имущество) воспользоваться ими. В этом случае контрагент должен иметь право требовать справедливое возмещение в соответствии с Пятой поправкой. Если истец получил возмещение, на которое он имеет право на основании своих прав по договору, то истец лишается права требовать компенсацию в соответствии с Пятой Поправкой.<sup>93</sup> В последних делах используется совершенно другой подход, который был предложен Апелляционным судом США по федеральному округу в деле *Stockton E. Water Dist. v. United States* (2009): «требование компенсации по Пятой Поправке оставалось в силе в течение двух лет действия договора, когда истец воспользовался средствами правовой защиты по договору, но не смог доказать нарушение». То есть не должно быть никаких препятствий для того, чтобы истец переформулировал требование. Эта теория в значительной степени основана на узком толковании Верховного Суда в *Lynch v. United States* (1934). Ссылаясь на предпосылку, предоставленную Линчем, что договоры являются “имуществом”, суды, принимающие эту теорию, говорят, что предполагаемые иски об изъятии имущественных прав на основе договоров должны рассматриваться таким же образом, как и любые другие иски об изъятии, игнорируя договорный контекст, из которого возникают эти типы требований.<sup>94</sup> Однако стоит упомянуть, что в деле Линча государство задним числом уничтожило сами договорные права и лишило истцов возможности обратиться за их защитой.

Решение этого вопроса связано с установлением баланса между привлечением Соединенных Штатов к ответственности за свои договорные

---

<sup>92</sup>Сторона не может претендовать на более широкие права, чем она приобрела в соответствии с договором с государством.

<sup>93</sup> Echeverria J. Public Takings of Public Contracts //Vt. L. Rev. – 2011. – Т. 36. – С. 517.

<sup>94</sup> Там же. С. 530

обязательства и предоставлением адекватных возможностей для демократического процесса. С одной стороны, обязательства будут иметь не только немедленные фискальные последствия для федерального бюджета и налогоплательщиков, но также будут препятствовать правительственным политическим инициативам в долгосрочной перспективе. С другой стороны, принцип Армстронга, установленный Верховным Судом США предполагает, что Пятая Поправка была разработана для того, чтобы запретить государству принуждать некоторых людей в одиночку нести общественное бремя, которое, при всей честности и справедливости это должно быть возложено на общество в целом.<sup>95</sup> Думается, что подход, позволяющий два раза подавать иск для защиты права, имеющего пусть разную природу, но одну и ту же сущность, не оправдан с точки зрения его практической реализации: его введение повлечет перегруженность судов делами, которые придется не только заново рассматривать, но и пересматривать.

Джон Эчеверриа выделяет доктринальные различия между использованием двух подходов.<sup>96</sup> Во—первых, проценты по преюдиции обычно подлежат возмещению в судебном процессе против Соединенных Штатов за нарушение процедуры, предусмотренной Пятой поправкой (у истца есть конституционное право на предвосхищение интереса для более справедливой компенсации), но обычно не подлежат возмещению в договорном иске против Соединенных Штатов (только в том случае, если договор или Акт Конгресса прямо предусматривают выплату таких процентов). Во-вторых, применение доктрины Суверенных актов может заблокировать возможность получения возмещения при использовании договорных средств защиты, в то время как на требование со ссылкой на Пятую Поправку такое ограничение не распространяется. Более того, терпящий убытки контрагент может оценить перспективы выиграть дело: подав иск по договору, суд сошлется в решении на доктрину суверенных

---

<sup>95</sup> *Armstrong v. United States*, 364 U.S. 40, 49 (1960).

<sup>96</sup> *Echeverria J. Public Takings of Public Contracts //Vt. L. Rev.* – 2011. – Т. 36. – С. 522-525

актов, компенсации не последует, а контрагент потеряет право на подачу иска, вытекающего из Пятой Поправки. Успешность такого иска, разумеется, будет зависеть, от детального анализа фактов конкретного дела. Эта современная трактовка восходит к делу *Lucas v. South Carolina Coastal Council* (1992), в котором Верховный Суд США провел разграничение между Пятой Поправкой и доктриной Суверенных актов, отменив принцип Мюглера, согласно которому осуществление полицейской власти, направленное на защиту общественного здоровья, безопасности и нравственности, не является изъятием имущества, принадлежащего частным лицам, требующим справедливой компенсации по смыслу Пятой Поправки.<sup>97</sup> Суд пришел к выводу, что цель защиты общества от вреда не может оправдать отказ в иске, по крайней мере, «когда государственное регулирование лишает землю всякого экономически выгодного использования» (то же верно в отношении иного имущества). В деле *Lingle v. Chevron U.S.A. Inc* (2005) Суд постановил, что удовлетворение иска из Пятой Поправки “в значительной степени, хотя и не исключительно” зависит от величины экономического бремени, налагаемого на собственников публичным действием.<sup>98</sup>

Пятая Поправка также применяется, когда государство нарушает надлежащую правовую процедуру расторжения или приостановления обязательств по договору.<sup>99</sup> Она предоставляет право быть уведомленным заранее о претензиях. Так, в деле *Old Dominion Dairy Products, Inc. v. Secretary of Defense* (1980) Министр обороны прекратил сотрудничество с компанией, с которой был заключен договор, по причине ее предполагаемой недобросовестности, не дав руководству компании возможности объяснить свои действия, устранить недоразумения.

---

<sup>97</sup> *Mugler v. Kansas*, 123 U.S. 623 (1887).

<sup>98</sup> *Lingle v. Chevron U.S.A. Inc.*, 544 U.S. 528, 540 (2005).

<sup>99</sup> Действие, которое "приостанавливает" контрагента или предполагает, что он может висеть в подвешенном состоянии в течение одного года или более, таково, что требует от государства обеспечить фундаментальную справедливость по отношению к контрагенту, существование которого может зависеть от его способности участвовать в торгах по государственным договорам// *Gonzales v. Freeman*, 334 F.2d 570 (D.C. Cir. 1964). 31. *Home Bros. v. Laird*, 463 F.2d at 1271; accord, *Meyers & Meyers, Inc. v. United States Postal Serv.* 527 F.2d 1252, 1259 (2d Cir. 1975); *Art Metal USA, Inc. v. Solomon*, 473 F. Supp. 1, 5 (D.D.C. 1978).

Суд признал такой разрыв договорных отношений нарушением надлежащей процедуры. В последующих делах Суд сконцентрировался на форме, содержании, сроках и конкретности уведомления – они должны давать контрагенту реальную возможность подготовить аргументацию и собрать доказательства.<sup>100</sup>

Таким образом, задача судов сводится к контролю над тем, чтобы государственные органы следовали установленным процедурам, действовали в рамках полномочий и не посягали на права граждан.

---

<sup>100</sup> England Jr W. L. The Fifth Amendment: A Double Edge Sword for Government Contractors //Pub. Cont. LJ. – 1988. – Т. 18. – С. 608-611

#### **Глава IV. Ответственность государства в случае нарушения договора**

Выше рассматривались конкретные случаи применения мер гражданско-правовой ответственности, в этой главе речь пойдет о теоретических вопросах, в том числе о целях этих мер.

Если при заключении договоров государство не будет презюмировать, что договор является обязательным для него, и в случае нарушения договора оно выплатит убытки контрагенту, то затраты на материальное обеспечение деятельности государственных органов будут слишком высокими по той причине, что в контрагенты будут взимать дополнительные платежи, чтобы покрыть риск того, что инвестиции в отношения с государством будут потрачены впустую. Контрагенты упускают возможность более выгодно продать товары или услуги частным лицам, которые даже если нарушат договор, компенсируют упущенную выгоду, в отличие от государства, которое редко на это идет. Однако стоит обозначить, что государственные договоры имеют свои преимущества: во-первых, риск неплатежеспособности со стороны государства существенно ниже, чем риск неплатежеспособности частного лица по договору во-вторых, государство как монопольный поставщик многих товаров и услуг (например, военная техника и терминалы аэропортов) в состоянии предложить партнерам по договору доступ к монопольной прибыли, как правило, недоступной на частных рынках, в-третьих, цены на государственные контракты будут определяться результатами переговоров, а не рыночными механизмами, что позволяет устанавливать частным лицам настаивать на установлении более высоких цен даже при отсутствии возможности возмещения упущенной выгоды.<sup>101</sup>

Анализируя конкретные дела, юристы и судьи обращаются к теории поиска ренты, с помощью которой можно объяснить мотивацию субъектов при вступлении в договорные отношения. Представители теории общественного выбора предположили, что предприниматель, стремящийся

---

<sup>101</sup> Hadfield, Gillian. "Of Sovereignty and Contract: Damages for Breach of Contract by Government." S. Cal. Interdisc. LJ 8 (1998): P.24

установить монополию своей компании на рынке, вместо затрат на совершенствование производства дополнительные затраты направляет на лоббирование своих интересов. Конкуренция при этом не исчезает, а переносится из рыночной сферы в сферу политическую, в котором государство выступает как особого рода рынок. Выгоды приобретаются небольшими группами интересов за счет общества в целом или отдельных лиц.<sup>102</sup> Экономические субъекты борются за получение монопольных прав, ограничение конкуренции на рынке или законодательное фиксирование благоприятного для производителей уровня цен, получение субсидий, льгот и иных привилегий (что хорошо видно в деле *United States v. Winstar Corp*). Будет ошибочным представлять правящую элиту как некий монолит, всегда действующий политически и экономически рационально и эффективно и имеющий собственный интерес, однако правило, разрешающее отмену этих привилегий, позволяет последующим законодательным органам предотвратить значительные потери эффективности в будущем.

При определении, какой должна быть ответственность государства в случае нарушения договора, стоит определиться с ее целью: должна ли она способствовать принятию государством более эффективных решений, сокращению поиска ренты частными лицами и насколько такая цель совместима с суверенными полномочиями и публичными функциями?

В работе Абрахама Л. Викельгрена указывается, что назначение судами возмещения упущенной выгоды (здесь и далее - *expectation damages*) помимо реального ущерба (здесь и далее - *reliance damages*) побуждает существующий законодательный орган к изменению политики за пределы социально оптимального уровня, чтобы защитить ее от изменений, вызванных будущими законодательными органами<sup>103</sup> Судья Ренквист в особом мнении по делу *United States v. Winstar Corp* (1996), рассмотрел возможность возмещения

---

<sup>102</sup> Колосов, А. В. Институциональная экономика / А. В. Колосов. — Текст : электронный // : [сайт]. — URL: [https://studme.org/32188/ekonomika/institutsionalnaya\\_ekonomika](https://studme.org/32188/ekonomika/institutsionalnaya_ekonomika) (дата обращения: 26.03.2021).

<sup>103</sup> Abraham L. Wickelgren, *Contracting with the Government: The Inadequacy of Traditional Damage Measures*. (1997)

только реального ущерба с точки зрения налогообложения. Так как *reliance damages* ставят потерпевшую сторону в положение, в котором бы она была, если бы договор не был заключен, то можно предположить, что расходы были бы такими же, если бы государство осуществляла политику «собственными силами». Так, Джиллиан Хэдфилд приводит в качестве аргумента обстоятельства дела *United States v. Winstar Corp* (1996), когда государство выбрало для восстановления отрасли после кризиса проведение надзорных слияний и заключение договоров со сберегательными банками, в то время как оно могло ввести налоги на вклады или предпринять иные меры. В этом случае возмещение *reliance damages* – это оправданная цена за осуществления государством суверенитета и свободы менять направление политики.

Возникает вопрос: откуда государство берет деньги на возмещение убытков по нарушенным договорам? Вслед за *Winstar* Соединенные Штаты согласились урегулировать иск *Destin Dome* на сумму 115 миллионов долларов и иск *Mobil Oil* на сумму более 400 миллионов долларов. Интересно отметить, что во всех трех случаях Суд ссылаясь на общие принципы договорного права и позицию *Lynch*. Существует Фонд судебных решений, который оплачивает решения по искам против США. Как указывается на сайте фонда, агентство может запросить оплату из Судебного фонда только в том случае, если по закону нет средств для выплаты из собственных ассигнований агентства и нет других источников. В остальных случаях необходимо делать запрос в Конгресс, чтобы тот выделил деньги.<sup>104</sup> Эти ассигнования предоставляют неограниченное количество средств для оплаты определенных судебных решений против Соединенных Штатов<sup>105</sup>.

Джиллиан Хэдфилд считает, что государство и его контрагент должны обговаривать заранее в ясных и недвусмысленных выражениях, какую ответственность понесет государство в случае нарушения договора. Если

---

<sup>104</sup> Judgment Fund. — Текст : электронный // : [сайт]. — URL: <https://www.fiscal.treasury.gov/judgment-fund/> (дата обращения: 24.05.2021).

<sup>105</sup> Chu V. S., Yeh B. T. The Judgment Fund: History, Administration, and Common Usage. — Congressional Research Service, Library of Congress, 2013.

государственные органы в каждом конкретном случае, оценив риски и перспективы, посчитают целесообразным установить *expectation damages*, то они имеют на это право, но судьям при отсутствии определенности во всех случаях следует назначать *reliance damages*.<sup>106</sup> Джон Сибиник-младший считает, что «это дало бы потенциальным подрядчикам возможность отказаться от договора на этих условиях и включить непредвиденные обстоятельства в его ценообразование или обойти сделку. Если это приведет к повышению цен на государственные контракты или лишит государство лучших подрядчиков, так тому и быть».<sup>107</sup> Думается, что такой резкий переход к предельно ясным, недвусмысленным стандартам определения того, на ком будет лежать риск последующих законодательных, нормативных актов или других действий государственных органов, позволит сократить предпринимаемые государством попытки уклониться от ответственности со ссылкой на доктрины об особом статусе государства как суверена, а также упорядочить судебную практику по применению доктрин (на данный момент дела масштабов *Winstar*, сходный с ним по обстоятельствам *Mobile Oil* и иных крупных компаний не укладываются в общую практику урегулирования таких споров). Также это способствует росту внимания сторон к тексту договора. Назначение мер ответственности во многом зависит от статуса права, регулирующего договоры с государством – является ли оно публичным или частным, или оно имеет смешанную природу? Так, в отношении договоров о государственных закупках в Федеральном положении о закупках (FAR) установлено, что в случае расторжения государством договора по причинам, отличным от невыполнения контрагентом договорных обязательств (T/C), государство возмещает только *reliance damages*. Нормы о государственных закупках кодифицированы, а при разрешении споров из договоров суды применяют как принципы общего договорного права, так и нормы

---

<sup>106</sup> Hadfield, Gillian "Of Sovereignty and Contract: Damages for Breach of Contract by Government." *S. Cal. Interdisc. LJ* 8 (1998): p.24.

<sup>107</sup> Cibinic Jr J. *Retroactive Legislation and Regulations and Federal Government Contracts* // *Ala. L. Rev.* – 1999. – Т. 51. – С. 968

административного и конституционного права. Решения органов исполнительной власти рассматриваются на предмет их злоупотребления дискреционными полномочиями в соответствии с нормами административного права, а не на предмет их эффективности, разумности и иных абстрактных критериев. Аналогичным образом в конституционном праве законы и иные нормативные акты государственных органов подлежат отмене только если они посягают на предусмотренные конституцией права или дискриминируют определенную социальную группу. Думается, что только с учетом этих идей средства правовой защиты общего права, используемые в договорах между частными сторонами, могут применяться в отношении государства. Представляется нецелесообразным прописывать все возможные ситуации для всех типов договоров с государством: цели сторон и особенности предмета договоров могут требовать особого подхода к разрешению споров.

## Заключение

Вопрос об ответственности государства будет решаться каждый раз по-разному в зависимости от того, какой подход посчитает нужным применить суд: если выделять право, регулирующее договоры с государством, как «гибридное» с приоритетом публичного права над частным, то США и отдельные штаты смогут избежать ответственности за нарушение договора, ссылаясь на исторически сложившуюся интерпретацию доктрин и прецеденты до *Winstar*, если считать право, регулирующее договоры с государством, частью общего договорного права, то вероятнее всего США и отдельным штатам придется нести ответственность наравне (или нет) с частными лицами. Представляется, что даже если придерживаться второй позиции, то суды должны назначать в качестве меры ответственности возмещение реального ущерба, а не упущенной выгоды вместе с реальным ущербом, чтобы не побуждать должностных лиц и фирмы к поиску ренты. Если суверен согласился в договоре в ясных и недвусмысленных формулировках на возмещение упущенной выгоды в случае нарушения, то он должен сдержать свое слово. Практика высших судов требует внимательно подходить к составлению текста договора, при этом доктрина недвусмысленных формулировок выходит на первый план, часто исключая возможность применения других доктрин. Суды определяют в пользу какой из сторон был перенесен риск нарушения договора государством, при толковании применяются правила общего договорного права. Поскольку нецелесообразно кодифицировать нормы для всех договоров с государством по примеру договоров о государственных закупках из-за многообразия объектов обязательств, необходимо чтобы права и обязанности для себя стороны устанавливали в рамках каждого конкретного договора – добросовестно, добровольно, на подходящих им условиях. Сторонники этого подхода говорят о том, что последовательное проведение этого принципа позволит уменьшить траты на заключение договоров и соответственно на материальное обеспечение деятельности государства (все-таки недостаточно

убедительный аргумент в силу того, что в сфере государственных закупок цены, несмотря на проведение тендеров и переговоров, и так подвержены влиянию конкуренции, а по ряду договоров государство является единственным возможным заказчиком или только оно способно предоставить те или иные преференции), сохранить доверие контрагентов, привести к единообразию судебную практику. Однако фактически могут возникнуть сложности: во-первых, акт или действие государственного органа может затрагивать большое количество фирм, например, как в деле *Winstar*, и судам придется выносить «однообразные» решения с приблизительно равными возмещениями, на что потребуются деньги (именно поэтому правовые позиции *Winstar* судами первой инстанции и апелляционными судами применяются не так часто), во-вторых, законодательный орган правомочен отменить любой акт, который был правомочен принять предыдущий законодательный орган. Формально интерпретация доктрины недвусмысленных формулировок и суверенных актов, установленная в *Winstar*, не противоречит этому конституционному принципу, однако на практике перспектива дорогостоящих судебных разбирательств по нарушенным договорам и возмещений по ним же может препятствовать изменению законодательства по вопросам, которые требуют срочного решения и регулирования и важны с точки зрения общественного благосостояния. Тем более что возмещения убытков, несмотря на существование Фонда судебных решений, выплачиваются из средств агентств, министерств и иных органов, а при их отсутствии делается запрос в Конгресс на предоставление дополнительных денежных средств. То есть в каждом конкретном случае по идее судам стоит обращать внимание не только на договорную природу нарушений, но и на баланс интересов - баланс между обеспечением договорных прав отдельных лиц и предоставлением адекватных возможностей для демократического процесса. Это означает, что необходимо искать компромисс между *Winstar* и практикой до *Winstar*, иначе мы рискуем лишиться возможности «новое поколение представителей» реагировать на потребности и желания тех, кого они представляют - одного из основных

принципов демократии. Но если суды будут оценивать специфику каждого конкретного случая для того, чтобы предположить необходимость такого компромисса, появляется риск смещения их внимания на такие критерии как эффективность, разумность мер законодательных и исполнительных органов власти, возможность решения проблемы иными способами, не связанными с нарушением прав по договору. Разумеется, в задачу суда не входит и не должно входить все вышеперечисленное, суд устанавливает факт и степень нарушения прав контрагента, законность действий государственных органов и соблюдение иных объективных критериев. Кто-то считает, что суды надо оградить и от экономического анализа обстоятельств дела, поскольку они могут заблуждаться относительно истинных намерений государства как контрагента (процесс формирования воли государства все-таки отличается от формирования воли в органах юридического лица) и экономической ситуации в целом. Появление регуляторных договоров (regulatory contract) свидетельствует о том, что государство, осуществляя свои суверенные полномочия, выбирает именно такой способ решения проблемы и несет за такой выбор ответственность, и по своей природе такой договор вряд ли противоречит доктрине суверенных актов. Конечно, в свете такой интерпретации суверенной власти от позиции *Bowen v. PAOSSE* (1986) следует отказаться: государство не может отказаться от суверенной власти, но может принять на себя риски того, что оно ее осуществит.

Подход, согласно которому государство рассматривается как частный субъект в случае нарушения договора, на которого распространяются нормы договорного права, выработанный в *Winstar*, относится к федеральным органам, но еще неясно, как он повлияет на применение Клаузулы о договорах, потому что суды штатов, как и окружные суды, редко его применяют. Возможно, придется вернуться к первоначальной её интерпретации – штаты не должны принимать законы, освобождающие должников от обязательств по их добровольным договорам с другими частными лицами. До принятия Четырнадцатой Поправки она компенсировала отсутствие гарантий, предоставляемых Пятой Поправкой в

отношении федеральных органов о надлежащей процедуре и справедливом возмещении, при заключении договоров с отдельными штатами. Но сейчас Пятая и Четырнадцатая Поправки толкуются во взаимной связи и предоставляют примерно одинаковую защиту в отношении действий отдельных штатов и федеральных органов. Причем когда претензия возникает в результате действий государства, затрагивающих интересы по договору, сторона, как правило, должна ограничиваться договорными средствами правовой защиты, кроме тех случаев, когда государство запретило своему контрагенту ими воспользоваться. В этом случае контрагент должен иметь право требовать справедливое возмещение в соответствии с Пятой поправкой.

У каждого подхода есть свои плюсы и свои минусы, но бесспорен тот факт, что как Соединенные Штаты, так и их контрагенты должны в ясных и недвусмысленных формулировках устанавливать свои права и обязанности по договору, а также ответственность в случае нарушения договоров.

## Список использованной литературы

1. Burch A. R. Purchasing the Right to Govern: Winstar and the Need to Reconceptualize the Law of Regulatory Agreements //Ky. LJ. – 1999. – Т. 88.
2. Chu V. S., Yeh B. T. The Judgment Fund: History, Administration, and Common Usage. – Congressional Research Service, Library of Congress, 2013.
3. Cibinic Jr J. Retroactive Legislation and Regulations and Federal Government Contracts //Ala. L. Rev. – 1999. – Т. 51.
4. Citron R. D. Lessons from the Damages Decisions Following United States v. Winstar Corp //Pub. Cont. LJ. – 2002. – Т. 32.
5. Claybrook Jr F. W. Good Faith in the Termination and Formation of Federal Contracts //Md. L. Rev. – 1997. – Т. 56. – С. 555-603
6. Dana D., Koniak S. P. Bargaining in the Shadow of Democracy //University of Pennsylvania Law Review. – 1999. – Т. 148. – №. 2. – С. 473-559.
7. Echeverria J. Public Takings of Public Contracts //Vt. L. Rev. – 2011. – Т. 36. – С. 521
8. England Jr W. L. The Fifth Amendment: A Double Edge Sword for Government Contractors //Pub. Cont. LJ. – 1988. – Т. 18.
9. Fischel D. R., Sykes A. O. Governmental liability for breach of contract //American Law and Economics Review. – 1999. – Т. 1. – №. 1. – С. 313-385
10. Garson M. D. Krygoski, and the Termination for Convenience: Have Circumstances Really Changed //Pub. Cont. LJ. – 1997. – Т. 27.
11. Griffith J. C. Local Government Contracts: Escaping from the Governmental/Proprietary Maze //Iowa L. Rev. – 1989. – Т. 75. – С. 277-308
12. Hadfield G. Of Sovereignty and Contract: Damages for Breach of Contract by Government //S. Cal. Interdisc. LJ. – 1998. – Т. 8.
13. Kaplow L. An economic analysis of legal transitions //Harvard Law Review. – 1986. – С. 509-617.
14. Lee S. J. Does Mobil Oil Weaken the Sovereign Defenses of Government Breach-of-Contract Claims-An Analysis of the Unmistakability Doctrine and the Sovereign Acts Doctrine //Pub. Cont. LJ. – 2001. – Т. 31.
15. Massey C. R., Denning B. P. American Constitutional Law: Powers and Liberties. – Wolters Kluwer Law & Business, 2019.
16. Nibley S. B., Totman J. Let the government contract: The sovereign has the right, and good reason, to shed its sovereignty when it contracts //Pub. Cont. LJ. – 2012. – Т. 42.
17. Roller E. W. The Impairment of Contract Obligations and Vested Rights //Marq. L. Rev. – 1921. – Т. 6.
18. Schwartz J. I. Liability for Sovereign Acts: Congruence and Exceptionalism in Government Contracts Law //Geo. Wash. L. Rev. – 1995. – Т. 64.
19. Wickelgren Abraham L., Contracting with the Government: The Inadequacy of

Traditional Damage Measures. (1997)

20. Колосов, А. В. Институциональная экономика / А. В. Колосов. — Текст : электронный // : [сайт]. — URL: [https://studme.org/32188/ekonomika/institutsionalnaya\\_ekonomika](https://studme.org/32188/ekonomika/institutsionalnaya_ekonomika) (дата обращения: 26.03.2021).

### Список нормативных правовых актов

1. Code of Federal Regulations. Federal acquisition regulation. — Текст : электронный // : [сайт]. — URL: <https://www.law.cornell.edu/cfr/text/48/chapter-1> (дата обращения: 30.04.2021).
2. Competition in Contracting Act (CICA) of 1986 . — Текст : электронный // : [сайт]. — URL: <https://www.fai.gov/sites/default/files/2016-12-22-Federal-Rulemaking-Competition-in-Contracting-Act-of-1984.pdf> (дата обращения: 30.04.2021).
3. Financial Institutions Reform, Recovery, and Enforcement Act of 1989 (FIRREA). — Текст : электронный // : [сайт]. — URL: <https://fraser.stlouisfed.org/title/financial-institutions-reform-recovery-enforcement-act-1989-firrea-1046> (дата обращения: 30.03.2021).
4. The Edmunds-Tucker Act Of 1887. — Текст : электронный // : [сайт]. — URL: <https://wchsutah.org/laws/edmunds-tucker-act1.php> (дата обращения: 29.03.2021).
5. The U.S. Constitution. — Текст : электронный // : [сайт]. — URL: <https://constitutioncenter.org/interactive-constitution/full-text> (дата обращения: 24.05.2021).

### Список судебной практики

1. *Armstrong v. United States*, 364 U.S. 40 (1960)
2. *ATT Communications, Inc. v. Wiltel, Inc.*, 1 F. 3d 1201, 1205 (Fed. Cir. 1993)
3. *Beer Company v. Massachusetts*, 97 U.S. 25 (1877)
4. *Berman v. Parker*, 348 U.S. 26 (1954)
5. *Bowen v. Public Agencies Opposed to Social Security Entrapment*, 477 U.S. 41 (1986)
6. *Caldwell & Santmyer, Inc. v. Glickman*, 55 F.3d 1578 (Fed. Cir. 1995)
7. *Casitas Mun. Water Dist. v. U.S.* (2008) 543 F.3d 1276 (Fed. Cir. 2008)
8. *Centex Corp. v. United States*, 395 F.3d 1283, 1304 (Fed. Cir. 2005)
9. *Charles River Bridge v. Warren Bridge*, 36 U.S. 420 (1837)
10. *Colonial Metals Company v. United States* 494 F.2d 1355 (Fed. Cir. 1974)
11. *Cooke v. United States*, 91 U.S. 389, 398 (1875)
12. *Dartmouth College v. Woodward* 17 U.S. 518 (1819)

13. *De Groot v. United States*, 72 U.S. 419 (1866)
14. *Deming Investment Co. v. United States* 224 U.S. 471 (1912)
15. *Federal Crop Ins. Corp v. Merrill*, 332 U.S. 380 (1947)
16. *Fletcher v. Peck*, 10 U.S. 87 (1810)
17. *Franconia Associates v. U.S Nos.* (Fed. Cl. Aug. 30, 2004)
18. *G. L. Christian and Associates v. the United States*, 312 F.2d 418 (Ct. Cl. 1963)
19. *Gerhardt F. Meyne Co. v. United States* 76 F. Supp. 811 (Fed. Cl. 1948)
20. *Gonzales v. Freeman*, 334 F.2d 570 (D.C. Cir. 1964).
21. *Griffith v. Connecticut*, 218 U.S. 563 (1910)
22. *Home Building & Loan Assn. v. Blaisdell*, 290 U.S. 398 (1934)
23. *Horowitz v. United States*, 267 U.S. 458 (1925)
24. *Illinois Central R. Co. v. Illinois*, 146 U.S. 387 (1892)
25. *In re Brown Huckless v. Childrey Vashon*, 135 U. S. 662
26. *Kelo v. New London*, 545 U.S. 469 (2005)
27. *Krygoski Construction Co. v. United States* 94 F.3d 1537 (Fed. Cir. 1996)
28. *Lingle v. Chevron U.S.A. Inc.*, 544 U.S. 528, 540 (2005)
29. *Lucas v. South Carolina Coastal Council* 505 U.S. 1003 (1992) 112 S. Ct. 2886
30. *Lynch v. United States*, 292 U.S. 571 (1934)
31. *Maxima Corporation, Appellant, v. the United States, Appellee*, 847 F.2d 1549 (Fed. Cir. 1988)
32. *Merrion v. Jicarilla Apache Tribe*, 455 U.S. 130 (1982)
33. *Mobil Oil Expl. & Producing Se. v. United States* - 530 U.S. 604, 120 S. Ct. 2423 (2000)
34. *Mugler v. Kansas*, 123 U.S. 623 (1887)
35. *Nolan Brothers, Inc. v. the United States*, 437 F.2d 1371 (Ct. Cl. 1971)
36. *Old Dominion Dairy v. Secretary of Defense* 631 F.2d 953 (D.C. Cir. 1980)
37. *Perry v. United States*, 294 U.S. 330 (1935)
38. *Precision Pine & Timber, Inc. v. United States*, 596 F.3d 817, 820 n.1 (Fed.Cir. 2010)
39. *Rindge Co. v. Los Angeles County*, 262 U.S. 700, 709 (1923)
40. *Ry-Tan v. Washington Sch. Dist. No. 6* 93 P.3d 1095 (Ariz. Ct. App. 2004)
41. *Salsbury Indus, v. United States*, 905 F.2d 1518 (Fed. Cir. 1990)
42. *Schillinger v. United States*, 155 U.S. 163 (1894)
43. *Stockton E. Water Dist. v. United States*, 583 F.3d 1344, 1365–68 (Fed. Cir. 2009)
44. *Stone v. Mississippi*, 101 U.S. 814 (1879)
45. *Sturges v. Crowninshield*, 17 U.S. 122 (1819)

46. Sun Oil Co v. United States 572 F.2d 786 (Fed. Cir. 1978)
47. Torncello v. United States 681 F.2d 756 (Fed. Cir. 1982)
48. Tutun v. United States, 270 U.S. 568 (1926)
49. United States Trust Co. v. New Jersey, 431 U.S. 1 (1977)
50. United States v. Babcock, No. 17-13678 (11th Cir. 2019)
51. United States v. Jones, 119 U.S. 477 (1886)
52. United States v. Knotts, 460 U.S. 276 (1983)
53. United States v. Librach 520 F.2d 550 (8th Cir. 1975)
54. United States v. Winstar Corp., 518 U.S. 839 (1996)

Работа подготовлена с использованием СПС КонсультантПлюс

