

ОБЩЕЕ УЧЕНИЕ ОБ УБЫТКАХ

/"Вестник гражданского права", 2015, N 5/

А.С. КРИВЦОВ

В настоящем номере журнала публикуется первая часть фундаментальной работы выдающегося отечественного цивилиста Александра Сергеевича Кривцова, посвященной общему учению об убытках. Данный материал может быть рекомендован широкому кругу читателей.

Ключевые слова: убытки, возмещение убытков, обязательство возместить убытки, наказание, деликт, восстановление нарушенных прав.

The general theory of damages (first part)

A.S. Krivtsov

This volume of the Journal contains first part of the fundamental study of the famous Russian scholar Aleksander Sergeyevich Krivtsov which is devoted to the general theory of damages. The study can be recommended for a wide readership.

Key words: damages, damage, liability for damages, penalty, tort, restitution of rights.

§ 1. Возмещение убытков и наказание

Понятия наказания и возмещения убытков не всегда отличаются вполне строго друг от друга в современном законодательстве. Различие, конечно, существует, но оно не проведено с достаточною резкостью. В доказательство правильности мною сказанного укажу на институт "Busse", известный Германскому уголовному кодексу. Этот институт занимает именно среднее место между наказанием и возмещением убытков. В настоящем труде я далек от мысли войти в рассмотрение живого спора, господствующего в немецкой литературе по вопросу о юридической природе "Busse". Ограничусь только указанием на три различных течения по этому предмету. Ряд одних писателей рассматривают "Busse" как частный штраф (**Wahlberg, Rubo**, многие другие); другие писатели смотрят на "Busse" как на явление смешанного характера - как на среднюю форму между частным штрафом и возмещением убытков (**Wächter, Stenglen, von Schwarze, Mayer, Herzog, Oppenhoff** и многие другие); наконец, некоторые авторы конструируют "Busse" как обязательство возмещения убытков (**Dambach, Geyer, Rudorff, Binding, Hälschner, Olshausen, Berner** и многие другие, особенно **Dochow** в своем труде "Die Busse im Strafrecht und Strafprozess"). К третьей группе писателей следует причислить **von Liszt'a**. В "Lehrbuch des deutschen Strafrechts" (на с. 280) он выражается по интересующему нас вопросу

следующим образом: "Wenn wir im Auge behalten, dass der Begriff der Entschädigung durch den Ersatz vermögensrechtlicher Nachteile nicht erschöpft wird, sondern auch die dem Verletzten gebührende Genugthuung für den von ihm erlittenen Eingriff in seine Rechtssphäre überhaupt in sich schliesst, so werden wir gegen die Auffassung der Busse als reiner Entschädigung, **besser als Genugthuung** keine Bedenken erheben können". Того же самого взгляда придерживается и **Kohler**. Он говорит следующее: "Die Busse ist allerdings Entschädigung und nur Entschädigung; allein sie ist nicht bloss vermögensrechtliche Entschädigung, sondern auch Entschädigung für den vom verletzten empfundenen körperlichen oder psychischen Schaden".

Странная судьба постигла институт "Busse". Имея отношение как к области уголовного права, так и к области гражданского права, этот институт не был с достаточной полнотой разработан ни криминалистами, ни цивилистами. Между тем уже в 1798 г. **Kleinschrod** <1> говорит: "Doctrina de restitutione damni delicto dati ius inter civile et criminale medias tenet partes: et singularia plane sunt fata, quae illa in praxi nacta est atque theoria. Eo ipso enim, quia partim ad civile pertinet, secutum est, ut in nulla iuris parte exacte et sufficienter tractetur".

<1> Doctrina de reparatione damni delicto dato, Virceburgi, 1798, p. I.

Обязательство возмещения убытков, тесно связанное, как мы увидим в своем месте, с институтом "Busse", разделяет ту же самую судьбу, как и этот институт. До тех пор пока не будет проведена вполне строгая граница между наказанием и возмещением убытков, общее учение об этих последних нельзя считать поставленным на правильный путь. Настоящее исследование стремится, между прочим, разрешить означенную задачу. Институт возмещения убытков принадлежит, бесспорно, к числу наиболее важных и интересных явлений юридического быта. Один из писателей по нашему предмету вполне основательно замечает на этот счет: "fast sämtliche der wichtigsten Fragen, denen die Rechtsordnung gegenübersteht, spielen in dieses Gebiet hinein" <1>.

<1> Mataja, Das Recht des Schadensersatzes vom Standpunkte der Nationalökonomie, Vorrede, с. V.

Историческое происхождение "Busse" относится к тому отдаленному прошлому, когда государство стало все энергичнее и энергичнее ограничивать самоуправство в деле защиты права. Потерпевший начинает получать удовлетворение в денежной форме, и самоуправство заменяется компромиссом. "Busse" и составляет такое удовлетворение, возмещая убыток, возникший вследствие деликта. Я вовсе не отрицаю, что "Busse" была присуща также функция наказания. Дело в том, что в древнее время оба института - наказание и возмещение убытков - были так тесно связаны, что

едва ли можно было отличить один от другого <1>. "Es hängt aber, - говорит **Hammer** (с. 98), - ursprünglich von dem Verletzten ab, ob er seine Genugthuung sich nehmen will, indem er sich an dem Verletzenden rächt und ihn totschlägt, oder ob er sich damit zufrieden geben will, dass derselbe die Verletzung wieder gut macht, den durch dieselbe zugefügten Schaden "bessert", "büsst", d. h. repariert. Später tritt die Rechtsordnung zwingend ein, sie nötigt den Verletzten die ihm angebotene Genugthuung anzunehmen, sie verpflichtet auf der anderen Seite den Verletzenden die Genugthuung zu leisten. Diese Genugthuung besteht aber in der Entschädigung des Verletzten, er erhält für das ihm entzogene Gut ein anderes: Geld oder Geldeswert. Auch für eine Verletzung seines Körpers, den Verlust eines Gliedes, erhält er eine Geldentschädigung, es bilden sich für jedes Glied feste Taxen je nach dem relativen Werte desselben für den Verletzten".

<1> См.: Wilda, Das Strafrecht der Germanen, с. 551 и многие другие; Hammer, Die Lehre vom Schadensersatz nach dem Sachsenspiegel und den verwandten Rechtsquellen, в: Gierke's Untersuchungen zur deutschen Staats und Rechtsgeschichte, Bd. XIX, с. 98.

§ 2. Характер причиненного вреда

К сказанному следует присоединить существенное замечание такого рода. Говоря о возмещении убытков, современное право вовсе не имеет в виду исключительно нарушение прав, которые носят имущественный характер. Точка зрения классических римских юристов на этот предмет была совершенно чуждой духу древнего права современных европейских народов. Один из выдающихся романистов Нового времени <1> правильно замечает, что "alles Vermögen ist nur Mittel für den Genuss, und wenn daher für die Entziehung der Mittel zum Genusse Ersatz. gegeben werden muss, so ist nicht abzusehen, warum auch nicht für die directe Schädigung des Genusses Entschädigung durch Verschaffung der Mittel für anderen Genuss eintreten soll. Die französische Praxis zweifelt nicht daran, und auch das Schmerzensgeld der Carolina ist eigentlich nicht Strafe, sondern "Ersetzung" für "Schmach und Schmerzen".

<1> Bruns в его труде "Das heutige römische Recht" (Holtzendorff's Encyclopädie der Rechtswissenschaft (§ 49)).

Упомянутый мною выше институт "Busse", известный Германскому уголовному кодексу, дает блестящее доказательство того, что и в современном праве существует течение, противоположное взгляду, господствовавшему в римской юриспруденции, на занимающий нас предмет. Возмещение убытков является в современном праве удовлетворением не за один имущественный вред и не за одно нарушение имущественных прав, но

также за вред нематериального характера. При этом обращаю внимание, что в литературе предмета заметна тенденция <1> сделать объектом иска об убытках не только возмещение косвенного материального вреда, могущего иногда иметь место при нарушении хотя бы и нематериальных прав, но также и такого вреда, которому совершенно чужд какой бы то ни было имущественный характер. Денежная пеня с этой точки зрения служит удовлетворением потерпевшего, вознаграждением за причиненное ему нравственное, а иногда и физическое страдание, которое имеет место вследствие нарушения принадлежащих ему, т.е. потерпевшему, прав неимущественного характера. Не разделяя всецело этого взгляда, я должен заметить, однако, что **исторически** он является совершенно согласным с тем, что в древнем праве существовало в действительности.

<1> См., например: Hammer, I. с., с. 8 (сн. 3).

Само по себе понятие вреда не имеет строго выработанного значения в литературе предмета <1>. При институте возмещения убытков это понятие является важным настолько, насколько для определения границ ответственности обращают внимание именно на объем причиненного вреда. Отсюда понятно, что вред в интересующем нас смысле этого слова должен **по общему правилу** носить имущественный характер.

<1> Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht, с. 52.

Вред в качестве цели деятельности, вызывающей возникновение обязательства возмещения убытков, должен быть отличаем от вреда, причиняемого нематериальным интересам. Правда, вред в только что указанном смысле может также служить основанием для удовлетворения потерпевшего в денежной форме, но мы не будем иметь в этом случае обязательства возмещения убытков **в тесном смысле этого слова**, так как вред при нарушении неимущественного интереса не может служить мерой для определения пределов ответственности. Такая мера, конечно, должна существовать также и здесь при фиксировании тех границ, в которые следует вводить денежное удовлетворение потерпевшего, но она уже более **не зависит от объема причиненного вреда**, так как вред неимущественного характера в редких случаях может подлежать оценке в деньгах. В количественном отношении вред является существенным моментом только в учении об обязательстве возмещения убытков, а при удовлетворении лица, чей **нематериальный** интерес нарушен, принимаются в расчет совершенно другие соображения - аналогичные тем, которые имеют место в уголовном праве при определении меры наказания. Вред обсуждается при нарушении неимущественного интереса не с количественной, но с качественной стороны и имеет значение лишь до тех пор, пока он вызван виной действующего субъекта. Одним словом, при нашем институте центр тяжести заключается **в объеме вреда**, а при нарушении неимущественного интереса - **в вине** того

лица, действие которого вызвало этот вред. Нематериальные интересы защищаются или путем частных штрафов, или же - преимущественно - уголовным законом. Субъективный момент играет как в том, так и в другом случаях несомненно важную роль <1>. Напротив, обязательство возмещения убытков в тесном смысле слова должно быть обсуждаемо главным образом на основании объективного момента. Стремиться во что бы то ни стало сохранить единство между случаями имущественного и неимущественного вреда составляет трудно исполнимую задачу, так как для обеих категорий случаев существуют весьма различные по своему характеру **юридические нормы**.

<1> Ср.: Zink, Ueber die Ermittlung des Sachverhaltes im französischen Civilprozesse, Bd. I, с. 591 сл.; Seuffert, Die allgemeinen Grundsätze des Obligationenrechts, в: Bekkers und Fischers Beiträge, Heft. 11, с. 5; Degenkolb, Der specifische Inhalt des Schadensersatzes, в: Arch. f. d. civil. Praxis, Bd. 76, с. 25 (сн. 36).

Защищая принцип, что институт обязательства возмещения убытков в тесном смысле этого слова не может иметь дела с защитой неимущественных интересов, я вовсе не хочу этим сказать, что нарушение таких интересов не в состоянии при наличности тех или других обстоятельств представлять для потерпевшего известный минус также с точки зрения оценки в деньгах. Напротив, я склонен думать, что в литературе предмета до сих пор слишком мало обращали внимание на эту сторону дела. Нарушение таких благ, как жизнь, свобода, честь и т.д., вызывает порой, несомненно, весьма и весьма значительные имущественные потери. При таком положении дел возникновение обязательства возмещения убытков, конечно, является обоснованным. С точки зрения нашего института является совершенно безразличным способ, каким произведено нападение на имущество потерпевшего лица. Необходимо только, чтобы уменьшение имущества на самом деле имело место <1>.

<1> См.: Degenkolb, I. с., с. 22; ср. также: Schlossmann, Der Vertrag, с. 293 сл.

Слову "убыток" могут быть приданы широкий и узкий смыслы. В узком, или собственном, смысле оно употребляется для обозначения как положительного уменьшения имущества вследствие вредного действия (*damnum emergens*), так и в случае лишения такого дохода или выгоды, на которые можно было вполне основательно рассчитывать и которые вследствие деятельности ответчика на самом деле не получены (*lucrum cessans*). Возмещение убытков имеет целью доставить потерпевшему другую ценность взамен им непосредственно потерянной. Он получает эквивалент (обыкновенно денежный). Этот эквивалент соответствует разнице между принадлежащим дамификату имуществом в том его виде, в каком оно

находилось до и **после** совершения дамнификантом вредного действия. Другими словами, возмещение убытков равносильно **интересу**, который потерпевший имеет в том, чтобы вредное действие не наступило (*id quod interest*).

Что же такое убыток **в широком смысле**? Под этим термином следует понимать удовлетворение, которое должно дать какое-либо лицо за вмешательство в чуждую ему юридическую сферу частного господства, насколько вследствие такого вмешательства нарушены блага **нематериального** характера, например жизнь, здоровье, честь, свобода и т.д.

Существовавшая до последнего времени доктрина принимала понятие убытка именно в узком смысле <1>. Очевидно, однако, что убыток даже в этом ограниченном значении не должен **прямо** или **непосредственно** касаться имущественного права. В виде примера могу привести вознаграждение врача за лечение болезни, причиненной вредным действием виновного лица, или, например, дарование семье убитого содержания, если семья лишилась в нем своего кормильца. Сюда же относится возмещение экономического вреда, понесенного известным лицом от того, что оно вследствие причиненного ему телесного повреждения стало не в состоянии заботиться о себе самом или лишилось своего обычного заработка. Во всех этих случаях, несмотря на то что нарушено право неимущественного характера, предметом иска служит возмещение чисто имущественного убытка, который и должен быть вознагражден согласно оценке. Так, например, в последнем из приведенных примеров судья обязан войти в оценку именно того, что потерпевший мог бы с некоторой вероятностью заработать, если бы ему не было нанесено физического повреждения.

<1> См., например: Bruns, Das heutige römische Recht, в: Holtzendorff's Enc. der Rechtswiss. (§ 49).

Понятно, что господствовавшая в этом вопросе доктрина вызвала живой протест. В сочинении Lehmann'a под заглавием "Die Schutzlosigkeit der immateriellen Lebensgüter beim Schadensersatz" <1> собрана богатая литература по этому предмету. **Ihering** называет <2> господствующую теорию "eine wahre Saat des Unrechts". Он жалуется, что современная юриспруденция вполне потеряла из виду мысль, "dass es sich bei einer Rechtsverletzung nicht bloss um den Geldwerth, sondern um eine Genugthuung des verletzten Rechtsgefühls handelt. Ihr Massstab ist, - продолжает он, - ganz der des platten öden Materialismus: das blosse Geldinteresse". Замечу, между прочим, что французская судебная практика, применяя ст. 1382 **Code civil**, допускает в очень широких размерах защиту нематериальных интересов.

<1> С. 17 и сл.

<2> Der Kampf um's Recht, с. 83.

Различие между древнегерманскою "Busse" и современным "наказанием" состоит в том, что в древнегерманском институте смешивались в единое целое функция чисто карательная и функция удовлетворения потерпевшего. Кроме того, не надо забывать, что в древнем праве субъективный момент вины не имел того решающего значения в интересующем нас вопросе, которое ему было придано со временем. Вот что говорит по этому поводу один из первоклассных германистов **Wilda** <1>: "Es galt als Regel, dass man jeden Schaden ersetzen musste, dessen wenn auch unschuldige Veranlassung man geworden war. Der hatte also die Last des Geschickes zu tragen, der gleichsam das willenlose Werkzeug in der unsichtbar lenkenden Hand gewesen, nicht derjenige, welcher dadurch eigentlich betroffen schien". То же самое говорит про древнее английское право известный историк права **Philipps** <2>: "Dem alteren englischen Rechte ist der Begriff des Verbrechens in dem Sinn, wie wir es heutzutage aufzufassen gewohnt sind, gänzlich fremd, indem es auf den Willen desjenigen, der sich eine Missethat zu Schulden kommen, gar nicht ankam, sondern lediglich auf den äusserlich wahrnehmbaren Schaden, den derselbe durch seine Handlung angerichtet hatte, Rücksicht genommen wurde" <3>.

<1> Strafrecht der Germanen, с. 552.

<2> Englische Reichs und Rechtsgeschichte seit der Ankunft der Normannen, Bd. II, с. 251.

<3> См. еще по поводу древнегерманского права: Hepp, Die Zurechnung auf dem Gebiete des Civilrechts etc.; см. также: Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts, Bd. III, с. 372 сл.

Тесная связь, соединяющая отдельных индивидуумов в замкнутые общественные союзы, вызывала в древнем праве, как известно, ответственность целой группы лиц за правонарушение, содеянное одним из ее членов. При таком положении дела субъективный момент вины обыкновенно совсем не принимался в расчет. "Mit der also schon durch die Notwendigkeit gebotenen Gemeinschaft in Wirthschaft und Lebensführung, - говорит **Mataja** <1>, - ist auch der Mangel individueller Rechte gegeben und diesem wiederum entspricht die **Abwesenheit individueller Haftung für Schulden und Delikte**, indem die Verantwortlichkeit für die Handlungen des einzelnen gewissen Personenverbänden (Stamm, Familie etc.) zufällt". Несколько далее он выражается таким образом: "Soweit es sich um Schadenzufügungen und Rechtsbrüche nach aussen handelt, ist für die Begründung von Ansprüchen lediglich massgebend die Thatsache der Verletzung; das individuelle Verschulden spielt dabei, wie überhaupt die Individualität des Thäters, keine Rolle und kommt erst vergleichsweise spät zu einiger Geltung".

<1> L. с., с. 4.

Таким образом, целый ряд писателей, занимавшихся этим вопросом, согласны в том, что в первоначальную стадию развития нашего института момент вины играл при нем совершенно второстепенное значение. На размер "Busse" не оказывали ровно никакого влияния ни виды субъективной виновности, ни сама степень вины. Во-вторых, в древнюю эпоху составляло задачу исключительно истца определять размер "Busse", посредством уплаты которой ответчик откупался от самоуправства. В-третьих, после смерти правонарушителя обязанность уплаты "Busse" переходила к наследникам. Равным образом к наследникам переходило также право требовать "Busse". Другими словами, "Busse" переходила по наследству как с активной, так и с пассивной стороны. В-четвертых, если в совершении вредного действия, вызвавшего "Busse", принимало участие несколько лиц, то между ними устанавливалось отношение, аналогичное римскому солидарному обязательству. Все четыре указанные особенности "Busse" указывают на то, что этот институт стоял в древнем праве ближе к обязательству возмещения убытков, чем к наказанию. Интересным с этой точки зрения представляются рассуждения **Wilda** <1> касательно "Busse", уплачиваемой убийцей (Wergeld): "Es darf aber auch nicht ausser Acht gelassen werden, dass die bei einer Tödtung der Familie zu zahlende Summe nicht blos den Charakter eines Sühngeldes, sondern auch den eines Schadensersatzes hatte. Die Familie war um eines ihrer Mitglieder schwächer geworden; sie hatte gewissermassen auch an äusserer Macht den andern gegenüber verloren; auch diese äussere Ungleichheit musste wieder ausgeglichen werden. Mit klarem Bewusstsein mochte man sich freilich diesen Doppelzweck des Wergeldes: Ersatz für den intellectuellen Schaden, für das Unrecht, Busse, und für den materiellen Verlust, Schadensvergütung, zu sein, nicht immer vergegenwärtigen; so dass bald mehr die eine, bald die andere ausschliesslich oder vorzugsweise vor Augen behielt. Aber es war diese zweifache Bedeutung und Bestimmung des Wergeldes offenbar in der Denkweise des Volkes, in den Verhältnissen begründet. Je mehr die Sühne der Rache und Fehle an Bedeutung verlor, um so mehr konnte die andere, mehr civilrechtliche hervortreten".

<1> L. с., с. 551.

§ 4. Старинное деление случаев возмещения убытков на две группы

С давнего времени, как известно, в литературе нашего предмета делают различие между возмещением убытков, к которому кто-либо обязан по причине правопротивного действия или упущения в области **внедоговорных** отношений, и возмещением убытков вследствие уже существующего и **основанного на договоре** обязательства. Первый случай обыкновенно называют возмещением убытков на основании деликта, а само обязательство

- деликтным обязательством; второй случай обозначают возмещением убытков, основанным на договоре. Относительно обязанности к возмещению последнего рода убытков надлежит заметить, что оба являются косвенным последствием самого договора, хотя бы последний и не имел своим непосредственным объектом именно возмещение убытков. Обязательство направлено на совершенно иной объект. Неисполнение этого главного содержания договора вызывает реакцию в смысле принудительного осуществления обязательства. Такое принудительное осуществление обязательства, о чем, впрочем, я скажу подробнее впоследствии, имеет мало общего с институтом возмещения убытков. Однако наряду с принудительным осуществлением обязательства неисполнение договора **при наличии некоторых особенных условий** может повлечь за собою возникновение также обязательства возмещения убытков. Это будет совершенно исключительный случай, зависящий всецело от существования налицо обстоятельств, необходимых для обоснования иска об убытках. Приведу пример таких чрезвычайных обстоятельств. Контрагент, заключивший во время войны договор поставки для армии и флота и не исполнивший этот договор, или поверенный, обращающийся по грубой небрежности при заключении порученной ему сделки за советом к противоположной стороне, - эти лица, во-первых, не исполняют предмет обязательства и могут быть принуждены к такому исполнению, а во-вторых, наносят более или менее значительный вред и отвечают за возникшие убытки. Они находятся с этой точки зрения в аналогичном положении с лицами, которые произвели умышленное повреждение, а также уничтожение чужих движимых или недвижимых вещей. **Von Liszt** <1> совершенно основательно проводит мысль, что часто при договорных отношениях настоящим основанием обязательства возмещения убытков является именно **деликт**. Таким образом, деление случаев применения нашего института на две указанные выше группы не соответствует, строго говоря, самой природе дела. Неисправный поставщик для армии или поверенный, грубо нарушивший профессиональную обязанность, несомненно, совершает деликт, а между тем господствующая доктрина усматривает здесь основанное на договоре обязательство возмещения убытков. Обе группы случаев нашего института одинаково **могут** иметь дело с деликтами. Однако отсюда вовсе еще не вытекает, что **всегда** должно быть именно так. Как я постараюсь объяснить в своем месте, обязательство возмещения убытков имеет иногда своим основанием действие, которое нельзя отнести ни к области гражданского, ни к области уголовного правонарушений. **Binding** <2> совершенно справедливо замечает (с. 445), что "daz Dasein der Deliktobligationen" выступает как "der gefährlichste Feind richtiger Erkenntniss". Вот почему, между прочим, обязательство возмещения убытков должно быть строго отличаемо от наказания. Наказанию всегда предшествует деликт, тогда как того же самого нельзя сказать про возмещение убытков. Этот институт встречается также при действиях, которые, не будучи сами по себе правонарушениями, сопровождаются

вредными последствиями для посторонних лиц. Сделаем более подробную оценку различия между наказанием и возмещением убытков.

<1> Die Grenzgebiete zwischen Privatrecht und Strafrecht. Kriminalistische Bedenken gegen den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin, 1889, с. 27 сл.

<2> Die Normen und ihre Uebertretung, 1890, Bd. I, с. 464 сл.

§ 5. Сравнение субъекта, объекта и цели возмещения убытков и наказания

Прежде всего следует отметить коренное различие, существующее между **субъектом**, обязанным возмещать убытки, и **субъектом**, на которого распространяется действие наказания. Наказание невинного в высшей степени затрагивает правовое чувство. Между тем ни на момент не останавливаются подвергнуть совершенно невинное лицо уплате денежной стоимости убытков, причиненных каким-либо вредным действием. Другими словами, наказанию присущ чисто личный характер, так как наказание может нести только тот, кто виновен в правонарушении. Иное дело - обязательство возмещения убытков. Правда, и при нашем институте может быть такое положение дела, что ответственности будет подлежать лицо, совершившее вредное действие, но это не всегда должно иметь место. В качестве примера укажу на наиболее бросающийся в глаза случай, а именно на ответственность наследников за убытки, причиненные наследодателем. Наследники не подлежат наказанию за правонарушение, совершенное наследодателем, но на них распространяется обязательство возмещения убытков.

Самое же важное различие между наказанием и возмещением убытков состоит в **объекте** того и другого институтов. Для выяснения этого различия возьмем один из видов наказания, несколько ближе подходящий к возмещению убытков, а именно штраф. С внешней стороны штраф и возмещение убытков весьма походят друг на друга. Однако между ними имеется весьма существенная разница. Штраф, подобно каждому наказанию, имеет целью причинить зло определенному лицу, виновному в правонарушении. Цель возмещения убытков, напротив, совершенно иная. Весьма легко представить себе случай, когда лицо, обязанное возместить убыток, не несет от этого никакой имущественной потери. В самом деле, например, лицо, вследствие своей вредной деятельности получившее какую-либо выгоду, может очутиться в таком положении, что эта выгода будет уравновешивать ответственность по возмещению убытков. Право в объективном смысле не заботится о том, какое влияние окажет на имущество обязанного лица тяготеющее над ним возмещение убытков. Нетрудно представить себе комбинацию фактов, что субъект, несущий ответственность по обязательству возмещения убытков, выиграл вследствие вредного действия гораздо больше того, что потерял потерпевший. В этом случае он и не обязан возмещать последнему в виде убытков всю полученную им выгоду.

Приведенные соображения ясно определяют различие между наказанием и возмещением убытков по **цели** обоих институтов: в одном случае задача состоит в причинении зла правонарушителю, а в другом - в удовлетворении потерпевшего. **Binding** <1> говорит по этому поводу следующее: "Die Strafe soll eine Wunde schlagen, der Schadensersatz eine andere heilen, wenn möglich ohne eine zweite zu verursachen; führt auch er eine Rechtsminderung herbei, dann dient sie nur zur Aufhebung eines dem Recht nicht gemässen Zustandes: was der Ersetzende leistet, kommt dem Geschädigten nicht positiv zu Gute, es beseitigt nur was ihm an Einbusse verursacht ist. Und damit stehen wir an dem Kern des Unterschiedes zwischen Strafe und Ersatz: das Wesen des Schadensersatzes besteht in seiner Bestimmung zu reparieren, einen im Rechte nicht begründeten Zustand zu verdrängen durch den der Rechtsordnung gemässen: derjenige aber, der Strafe leidet, soll und kann durch sein Leiden nicht einen widerrechtlichen Zustand aufheben; die Strafe ist bestimmungsgemäss etwas Anderes als Reparation".

<1> Normen, Bd. I, с. 452 сл.

Соображение, что обязательство возмещения убытков не имеет целью причинить обязанному лицу какого-либо зла, является настолько ясным, что едва ли допускает возможность каких-либо споров. В самом деле, если бы целью обязательства возмещения убытков было причинение должнику зла, то как мог бы наш институт найти себе применение при взыскании убытков с имущества невменяемых лиц? Между тем никто из юристов (и совершенно основательно) не сомневается в том, что взыскание убытков в этом случае является делом простой справедливости. Возмещение убытков уже по одному тому соображению не может быть считаемо злом, которое должно во что бы то ни стало пасть на должника, что при несостоятельности этого последнего обязательство возмещения убытков не может быть заменено какими-либо иными мерами - аналогично тому, как это имеет место при наказании. Если бы аналогия между возмещением убытков и наказанием на самом деле существовала, то, оставаясь вполне последовательным, следовало бы признать, что подобно тому, как размер и характер наказания определяются субъективным и объективным моментами правонарушения, запрещенного под страхом этого наказания, тот же самый метод должен быть применяем к определению размера возмещаемых убытков. Между тем в действительности мы встречаемся как раз с противоположным явлением. В современном гражданском праве размер убытков стоит вне всякой зависимости от качества вредного действия и принятых им размеров как в субъективном, так и в объективном отношении. Мало того, как мы увидим ниже, обязательство возмещения убытков может даже быть вызвано действием, которое вовсе не является ни уголовным, ни гражданским деликтом. Независимость возмещения убытков в тех случаях, когда оно вызывается совершением деликта, от объективной и субъективной сторон

этого деликта вытекает уже из того факта, что, с одной стороны, часто самые незначительные правонарушения влекут за собою возмещение убытков и что, с другой стороны, весьма тяжкие преступления не сопровождаются таким юридическим последствием. Самые тяжелые степени виновности не оказывают никакого влияния на размер убытков, и значительный вред, вызванный хотя бы ничтожною виною, может уполномочить потерпевшего требовать возмещения убытков, способного совершенно разорить ответственное лицо. Напротив, при вознаграждении за незначительный вред, вызванный тяжелыми формами вины, например злым умыслом, эта большая интенсивность воли оставляется без всякого внимания и не влияет на размер ответственности.

Все эти соображения достаточно поясняют коренное различие юридической природы институтов наказания и возмещения убытков. Я вошел в подробное рассмотрение этого вопроса, потому что в современной литературе предмета оба названных института нередко смешиваются. Между тем подобная путаница понятий в состоянии вызвать очень большие затруднения в общем учении об убытках. В виде примера укажу на **Heinze**. Этот автор <1> полагает, что целью наказания и возмещения убытков является **в известной мере** отправление одних и тех же функций, так что они как бы дополняют друг друга. "Die Delictsklagen auf Schadensersatz enthalten ein deutlich ausgeprägtes pönales Element dadurch, dass, was objectiv und für den Kläger nur Ersatz ist, für den Beklagten in der Regel über den gehabten Gewinn hinausgeht... In Wirklichkeit übt aber schon die blosse Anerkennung und Befriedigung eines verletzten Privatrechts ganz allgemein Funktionen nach Art einer Strafe aus. Wie einerseits jede Verletzung eines Privatrechts zugleich eine Verletzung des objectiven Rechts enthält, so liegt andererseits in jeder Wiederherstellung eines verletzten Privatrechts zugleich eine Anerkennung und Genugthuung für die verletzte objective Rechtsordnung".

<1> См.: Holtzendorff, Handbuch des deutschen Strafrechts, Bd. I, S. 337 - 338.

§ 6. Параграф 823 Германского гражданского уложения

Выше мною было уже сказано, что в древнем праве плохо различались функции наказания и возмещения убытков. С подобного рода явлением мы встречаемся иногда и в новом законодательстве. Это производит большую путаницу и очень затемняет дело. Еще до сих пор не успели вполне освободиться от взгляда старого времени, что институту возмещения убытков присущ карательный характер. Ясным доказательством может служить § 823 Германского гражданского уложения: "Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigenthum oder ein sonstiges Recht eines Anderen widerrechtlich verletzt, ist dem Anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet. Die gleiche

Verpflichtung trifft denjenigen, welcher gegen ein den Schutz eines Anderen bezweckendes Gesetz verstösst. Ist nach dem Inhalt ein Verstoss gegen dieses auch ohne Verschulden möglich, so tritt die Ersatzpflicht nur im Falle des Verschuldens ein". В задачу моего труда не входит подробное рассмотрение вопроса об убытках в Bürgerliches **Gesetzbuch**. Обращаю в этом отношении внимание на замечательную критику **v. Liszt'a** в его "Grenzgebiete des Privatrechts und Strafrechts" <1>. Закон (§ 823) проводит различие между правопротивными действиями, нарушающими чужое право и не делающими этого. Не подлежит сомнению, что по § 823 правопротивное действие, как умышленное, так и неосторожное, - если только оно затрагивает чужое право - обязывает совершителя к возмещению причиненного им другому лицу убытка **независимо от того, можно ли было этот убыток предвидеть**. Для нас имеет интерес также прежняя редакция разбираемого параграфа Уложения (§ 704 Проекта II): "Hat Jemand durch eine aus Vorsatz oder Fahrlässigkeit begangene widerrechtliche Handlung - Thun oder Unterlassen - einem Anderen einen Schaden zugefügt, dessen Entstehung er vorausgesehen hat oder voraussehen musste, so ist er dem Anderen zum Ersatze des durch die Handlung verursachten Schadens verpflichtet, ohne Unterschied, ob der Umfang des Schadens vorausszusehen war oder nicht. - Hat Jemand aus Vorsatz oder Fahrlässigkeit durch eine widerrechtliche Handlung das Recht eines Anderen verletzt, so ist er den durch die Rechtsverletzung dem Anderen verursachten Schaden diesem zu ersetzen verpflichtet, auch wenn die Entstehung des Schadens nicht vorausszusehen war. Als Verletzung eines Rechtes im Sinne der vorstehenden Vorschrift ist auch die Verletzung des Lebens, des Körpers, der Gesundheit und der Ehre anzusehen". С первого взгляда видно, что Уложение и Проект II сделали значительный шаг в смысле порвания с господствующей теорией, лежащей в основании ответственности за убытки и названной мною теорией вины. Для того чтобы отвечать за убытки, причиненные нарушением чужого права, закон не требует, чтобы правонарушитель предвидел или по крайней мере мог предвидеть наступление убытков. Другими словами, по разбираемому параграфу Уложения для возникновения обязательства возмещения убытков не требуется ни **dolus**, ни **culpa**. Такова точка зрения закона относительно убытка, причиненного вследствие нарушения чужого права. По поводу других видов убытка между § 823 Уложения и § 704 Проекта II существует значительная разница. Проект II, в противоположность Уложению, требует, чтобы лицо, несущее ответственность за убыток, предвидело таковой. Не требуется только, чтобы оно предвидело **размеры** убытков. Это добавление, однако, очень важно. Оно в значительной мере уничтожает практическое действие предыдущих слов статьи. Представим себе, что кто-либо, предпринимая вредное действие, рассчитывал, что будет нанесен убыток в 10 марок, а на самом деле произошел убыток в 40 марок. Очевидно, убыток в 30 марок не был предвиден. Таким образом, Проект II в § 704 не проводит последовательно раз и навсегда принятой точки зрения.

<1> С. 38 сл.

Оставляя в стороне первую половину § 823 Уложения и § 704 Проекта II, обращаю внимание на ту часть параграфа, где между Уложением и Проектом II существует значительное сходство, а именно на вторую его половину. Дело идет здесь об ответственности за убыток при нарушении чужого права. Мы уже видели, что убыток здесь должен быть во всяком случае возмещен, хотя бы не было ни **dolus**, ни **culpa**. или, выражаясь иначе, не требуется, чтобы действующий субъект, нарушая чужое право, предвидел или мог предвидеть вредный результат. Что же составляет в этом случае основание для ответственности? Трудно дать на этот вопрос ответ в ином смысле, как не указав непосредственно на само правонарушение в качестве основания для ответственности. Нарушение чужого права - деликт, вызывающий в большинстве случаев уголовную репрессию. Параграф 823 прибавляет гражданскую ответственность. Правонарушитель не предвидел убытков. Никакой вины (**dolus**, **culpa**) на этот счет вменить ему нельзя. Он отвечает за то, что **cum dolo** или **cum culpa** нарушил чужое право. Он отвечает за деликт. Следовательно, вознаграждение, которое он должен уплатить потерпевшему, осуществляет здесь собственно функцию, аналогичную функции наказания, а не функцию возмещения убытков.

Мотивы к Проекту <1> ясно подтверждают правильность моих слов. Сделав указания по поводу основанных на римском праве правил, действующих в Германии относительно возмещения убытков вследствие правопротивных действий, составители Проекта говорят следующее: "**Soll ein in allen Fallen ausreichender Schutz gegen unerlaubte Handlungen** gewährt werden, so ist die Schadensersatzpflicht nicht an einzelne bestimmte, möglicherweise nicht erschöpfend gestaltete Delikte zu knüpfen, sondern allgemein als die mögliche Folge einer jeden unerlaubten Handlung hinzustellen".

<1> Motive z. d. Entwürfe eines bürg. Gesetzbuchs, Bd. II, с. 724 сл.

Вышеизложенного вполне достаточно, чтобы показать, в какой малой степени процесс дифференциации наказания и возмещения убытков может считаться законченным в современном положительном законодательстве.

Резкое различие между наказанием и обязательством возмещения убытков существует также относительно лиц, которых касаются оба института: при наказании субъектом права является государство, а при нашем институте в той же роли выступает потерпевшее частное лицо. Кроме того, различие обоих институтов идет еще дальше. Наказание не затрагивает наследников лица, несущего ответственность, а обязательство возмещения убытков переходит и к этим последним. Очень легко может случиться, что вредная деятельность наследодателя не только стоит совершенно в стороне от его наследников, но даже в момент ее совершения эти лица и не находятся

к нему в таком положении, которое давало бы право считать их будущими наследниками. Но этого еще мало. Обязательство возмещения убытков переходит по наследству не только с пассивной, но и с активной стороны. Другими словами, иск об убытках может быть предъявлен не только потерпевшим, но и его наследниками. Какое значение при таком активном и пассивном переходе обязательства может быть придано моменту вины? Очевидно, наследники лица, совершившего вредное действие, являются невинными. Равным образом наследники потерпевшего не могут быть признаны непосредственно пострадавшими. **Binding** <1> совершенно правильно констатировал, что вредное действие, вызывающее возникновение обязательства возмещения убытков, не касается ни наследников потерпевшего, ни наследников непосредственно виновного субъекта. Понятно, что уже ввиду перехода обязательства возмещения убытков к наследникам наш институт имеет с институтом наказания столь же мало общего, как вода с огнем.

<1> Normen, Bd. I, с. 456.

§ 7. Реституция, возмещение убытков и наказание

Вышеизложенное показало нам со всею ясностью, что является крупной ошибкой смешивать возмещение убытков с наказанием, а между тем у многих писателей в области литературы нашего предмета довольно ясно проглядывает тенденция в означенном смысле. С правильной точки зрения наказание и возмещение убытков отправляют совершенно различные функции, как вполне основательно подчеркнул в свое время **Binding**.

Право в объективном смысле стремится создать в лице, на которое оно простирает свое влияние, импульс к определенному образу действий <1>, что достигается путем правил положительного и отрицательного содержания, предписаний и запретов. "Правовой порядок, - говорит **Thon** <2>, - желает, чтобы то случилось, что он предписывает, и чтобы не случилось того, что он запрещает. Его императивы являются только средствами к достижению совершенно определенных целей, попыткой достигнуть повелеваемого. Эти средства являются неполными, так как подчиняемая нормам воля остается свободною и повеления могут встретиться с непослушанием". Вот почему правовой порядок стремится достигнуть желаемого результата также другим путем, предпочитая более удобную и определенную дорогу. Так, например, известные акты или сделки объявляются прямо лишенными юридического значения. Иногда цель императивной или запретительной нормы достигается путем непосредственного принуждения со стороны органов общественной власти. Однако в значительном большинстве случаев силою трудно бывает противодействовать совершению запрещенного акта, не говоря уже о том, чтобы добиться этим путем исполнения чего-либо предписанного. Часто делается то, что запрещено, и нередко оставляется без исполнения то, что

повелено. Предвидя, однако, такое нарушение норм, правовой порядок обыкновенно назначает на этот случай наступление известных юридических последствий, которые являются реакцией против указанного нарушения. Эти юридические последствия с точки зрения их цели могут быть разделены на две самостоятельные категории: одни из них подойдут под понятие наказания, а другие - под понятие возмещения убытков. Первое из этих средств имеет целью - по крайней мере ближайшим образом <3> - причинить более или менее тяжкое зло правонарушителю, пренебрегшему тою или другою юридическою нормою. За это его и должно постигнуть зло или, как говорит Гроций, "malum passionis quod infligitur ob malum actionis" <4>.

<1> Thon, Rechtsnorm und subj. Recht, с. 2.

<2> Thon, I. с., с. 11.

<3> Мой взгляд на наказание вовсе не противоречит тому, что в уголовном праве преследуют главным образом цель исправления преступника.

<4> Thon, I. с., с. 20.

Другая категория юридических последствий преследует совершенно иную цель. Речь идет здесь об удовлетворении потерпевшего. Это последнее мыслимо, в свою очередь, в двоякой форме: во-первых, посредством восстановления нарушенного права, а во-вторых, путем обязательства возмещения убытков. Дело состоит в обоих случаях, таким образом, не в том, чтобы к старому злу, возникшему вследствие нарушения юридической нормы, прибавить новое зло, которое должно пасть на голову виновника, но в том, чтобы, насколько возможно, восстановить нарушенное равновесие <1>.

<1> Thon, I. с., с. 69.

В вопросе, когда имеет место восстановление нарушенного права и когда следует прибегнуть к возмещению убытков, должно обращать прежде всего внимание на то, является **реституция** фактически возможною или нет. Очень часто могут существовать такие обстоятельства, что восстановление нарушенного права никоим образом не может быть осуществлено в действительности. Однако так бывает далеко не всегда. Конечно, действие, если оно раз совершено, никогда не может быть вполне сведено к нулю - известный след всегда останется. Но легко себе представить и такую комбинацию, когда дело в значительной мере поправимо и когда можно вновь достигнуть такого положения, которое существовало бы, если бы вредное действие вовсе не имело места. Представим себе, что какое-либо предписание строительной полиции назначает денежную пеню в том или другом случае нарушения правил, соблюдаемых при городских постройках, и что, несмотря на это предписание, здание все-таки возведено без всякого внимания к нормам строительного устава. Правонарушитель должен будет, конечно, уплатить пеню. Однако отсюда еще далеко до того вывода, что его

следует оставлять спокойно владеть сооружением, которое он воздвиг в обход законодательного предписания. Напротив, органы общественной власти должны озаботиться привести постройку в такой вид, чтобы она отвечала требованиям строительной полиции.

Как я уже сказал, никакой принудительной реституции не может существовать в том случае, если нарушенный порядок является непоправимым. Другими словами, нельзя заставить какое-либо лицо исполнить нечто такое, что фактически сделать решительно невозможно. Когда, например, вор потребил украденную вещь, то о какой реституции здесь может идти речь? Право в объективном смысле является в данном случае положительно бессильным. Вот при таком положении дела и выдвигается на первый план **институт возмещения убытков**. Он дает в известной мере удовлетворение лицу, интересы которого пострадали вследствие вредной деятельности правонарушителя.

Реституция и возмещение убытков должны быть строго отличаемы друг от друга. Оба юридических средства имеют общей лишь ту цель, которую они стремятся достичь, но во всем остальном природа их представляется глубоко различною. Цель, преследуемая реституцией и возмещением убытков, может быть противопоставлена цели наказания: она состоит в удовлетворении потерпевшего. Поэтому отчасти прав **Binding** <1>, когда он говорит: "Der Schadensersatz selbst aber teilt mit anderen Verbindlichkeiten Zweck und Wesen reparabile Schäden zu bessern und erscheint somit nur als eine Unterart der weiteren Rechtsfolge der Reparationsverbindlichkeit".

<1> Normen, Bd. I, с. 476.

При определении размера возмещаемого убытка, как мы увидим дальше, не принимается в большинстве случаев во внимание имущество дамнификата в его целом, но исходную точку при вычислении "интереса" составляют, напротив, естественные объекты вредной деятельности. Идя таким путем, можно выяснить размер убытков скорее, чем посредством оценки имущества "in toto" <1>. Имущественные интересы очень часто примыкают к объектам прав в субъективном смысле. Эти объекты и являются по общему правилу предметом нападения вредного действия. Здесь возникает вопрос, в какой мере понятие причинения убытков совпадает с понятием гражданского деликта, так как и этот последний представляется не иным чем, как нападением на право в субъективном смысле.

<1> Cohnfeldt, Lehre v. Interesse, с. 3.

Degenkolb отвечает на этот вопрос отрицательно: "**Schade und Rechtsverletzung, Schadensverfolgung und Rechtsverfolgung** sind von einander unabhängige Begriffe. Der Schaden ist weder selbst Rechtsverletzung, noch in Entstehung, Dasein, Gehalt durch ein "verletztes Recht" bedingt, gegeben und begrenzt" <1>. "Der Schaden, auch der rechtswidrig veranlasste, deckt sich

nicht mit dem Inhalt der Rechtsverletzung, als Eingriff in ein bestehendes subjectives Recht. Er nimmt Folgewirkungen jenes Eingriffes auf, welche theils in anderer Richtung liegen, als der Inhalt des verletzten Rechts, theils über das "verletzte" Recht, und überhaupt über subjectives gegenwärtiges **Recht** des verletzten hinausgehen" <2>. Взгляд **Degenkolb**'а не является господствующим в литературе предмета. Напротив, обыкновенно учат, что должно считать объектом вредной деятельности одно из имущественных прав дамификата. С этой точки зрения причинение убытков признается правонарушением, т.е. нарушением права в субъективном смысле, принадлежащего потерпевшему лицу <3>. Оригинальным представляется взгляд, которого по этому вопросу придерживается **Binding** <4>. Этот автор характеризует имущественный вред как "Verletzung von Vermögensrechten öffentlicher oder privater Art **oder** als Hinderung im Erwerb oder in der ökonomischen Ausnutzung, genauer als Verursachung des Nichterwerbs, der unterlassenen Ausnutzung von solchen". Но точка зрения **Binding**'а не является вполне ясною. Замечу прежде всего, что "экономическое пользование вещью", о котором говорит **Binding**, не составляет права в субъективном смысле, так что, очевидно, в этом случае не может быть и речи о "Verletzung von Vermögensrechten". По **Binding**'у <5>, правонарушение немисливо в иной форме, как лишь в виде действия, идущего вразрез с правом в субъективном смысле; но, выставив это правило, **Binding** тотчас сам делает из него "маленькое", как он выражается, исключение <6>. Это исключение обнимает тот случай, когда не право, "sondern nur ein Gut wie Leben oder Körperintegrität als ökonomisches **Werthobjekt** verletzt wird". В этом исключении заключается, однако, факт весьма большой важности. Суть в том, что в этом случае составляют исключение из означенного выше общего правила, защищаемого **Binding**'ом, и выступают в качестве объекта вредного действия такие блага, как жизнь, телесная неприкосновенность, причем эти блага приобретают значение с имущественной стороны дела, которая должна быть здесь понимаема не в смысле тех или иных прав в субъективном смысле, а в смысле экономических объектов ценности. Это прямо вытекает из слов "als ökonomisches Werthobjekt".

<1> Der spezifische Inhalt des Schadensersatzes, с. 52.

<2> L. с., с. 53; см. также: I. с., с. 56 (сн. 100).

<3> См., например: Cohnfeldt, I. с., с. 19; несколько иначе: Windscheid, Bd. II, с. 33.

<4> L. с., с. 438.

<5> L. с., с. 295.

<6> L. с., с. 295 (сн. 2).

§ 8. Возмещение убытков при неисполнении договора

В той мере, в которой объектом вредной деятельности служат

действительно права в субъективном смысле, все относящиеся сюда явления могут быть разбиты на две группы. К первой группе отойдут все случаи, когда вредное действие совершено должником в нарушение права требования, принадлежащего верителю. Тут имеет место возникновение правопротивного положения вследствие факта неисполнения должником своей обязанности по отношению к верителю. Ко второй группе относятся случаи, когда нарушается вещное право. Путем такого деления случаев возмещения убытков на две группы проливается должный свет на старинное и традиционное деление учения о нашем институте на два отдела: возмещение убытков при **договорных** отношениях и при **внедоговорных** отношениях.

Остановимся прежде всего на рассмотрении случая, когда нарушены права верителя. Если предметом обязательства является уплата определенной денежной суммы, то существование вредного действия со стороны должника, налагающего на него обязанность возмещения убытков, не вытекает из того простого факта, что должник присужден к уплате означенной суммы денег или что эта сумма взыскана с него органом по исполнению судебного решения. В этом случае мы имеем дело с явлением того же порядка, что и при добровольной уплате со стороны должника, т.е. при внесудебном осуществлении обязательства <1>. То же самое следует сказать относительно того случая, когда размер денежной суммы, служащей первоначальным предметом обязательства, отличается определенным характером и когда при отсутствии добровольного исполнения со стороны должника определяется судебною властью. Необходимость при обязательстве денежной уплаты с неопределенным содержанием такой концентрации судом размера взыскания не дает нам никакого права характеризовать в качестве причинения убытков в юридическом смысле этого слова неисполнение должником предмета такого обязательства. Судебная власть совершает при подобной концентрации только **вычисление** денежной стоимости принадлежащего верителю права требования. Имущество должника, остается в одинаковом положении как до концентрации, так и после того, как она имела место. В этом случае совершается только то, что вследствие отсутствия добровольного исполнения должником предмета обязательства вычисление размера этого обязательства составляет уже задачу судебной власти, к которой обратился веритель. Денежная сумма, присуждаемая верителю в обоих приведенных мною выше случаях, т.е. как при обязательстве вполне определенной уплаты, так и при обязательстве уплаты неопределенной, не выступает в качестве объекта возмещаемых убытков, но является лишь исполнением первоначальной обязанности, лежавшей на должнике при этом обязательстве.

<1> Ср.: Thon, I. с., с. 41. Иначе смотрит **Schlossmann** (Der Vertrag, с. 311). Этот автор смешивает исполнение обязательства с убытком, возникшим по поводу неисполнения обязательства.

Если обязательство имеет своим предметом что-либо другое, кроме денег, если, например, должник обязан на основании такого обязательства доставить верителю какую-либо генерическую или индивидуально-определенную вещь или если, например, он обязан совершить в его пользу какие-либо услуги, могущие подлежать оценке на деньги, - во всех этих случаях после превращения судом первоначального предмета обязательства в денежную форму мы имеем дело не с возмещением убытков, но с уплатою в пользу верителя известного эквивалента вместо первоначального объекта права требования. Конечно, здесь должна быть признана наличность нарушения права в субъективном смысле, принадлежащего верителю, так как этот последний заинтересован в исполнении именно первоначального предмета обязательства, и денежный эквивалент может только отчасти вознаградить его за отсутствие такого исполнения. Но при таком положении дел мы имеем все-таки не возмещение убытков, а исполнение обязательства - с тою только разницею, что предметом этого исполнения будет служить не первоначальная **praestatio**, а ее денежный эквивалент. Другими словами, несмотря на такую замену одного предмета обязательства иным предметом, равноценным с предыдущим, оно остается все тем же самым обязательством и не превращается в обязательство возмещения убытков. Точка зрения, принятая по этому вопросу современной доктриной, диаметрально противоположна защищаемому мною взгляду. В самом деле, во всей обширной литературе нашего предмета можно заметить ясно выраженную тенденцию конструировать в качестве обязательства возмещения убытков случаи, когда должник отказывается от исполнения первоначального предмета обязательства и когда он вследствие такого отказа присуждается к уплате денежного эквивалента. **Degenkolb** <1> также отождествляет возмещение убытков и **praestatio** эквивалента. Правильный взгляд по этому вопросу мы встречаем только у **Unger**'а <2>. Если придерживаться господствующего взгляда и не делать никакого различия между возмещением убытков и **praestatio** эквивалента, то придется для того, чтобы остаться вполне последовательным, признать возмещение убытков также при **datio in solutum**. Между тем очевидно, что **datio in solutum** составляет лишь суррогат "(исполнения)" обязательства. Судебное решение, переводящее этот предмет при отказе должника исполнить предмет обязательства **in natura** в денежную форму, не имеет целью устанавливать обязательство возмещения убытков.

<1> L. с., с. 21, 25, 71.

<2> Handeln auf eigene Gefahr, с. 150 (сн. 18).

То же самое следует сказать и о случае, когда, несмотря на готовность должника исполнить первоначальный предмет обязательства, невозможность такого исполнения наступает помимо его воли. Здесь также нормальным случаем является не возмещение убытков, но уплата денежной суммы в качестве эквивалента стоимости первоначального предмета обязательства.

Для того чтобы при такой невозможности исполнения **in natura** этого первоначального предмета главного обязательства считать готовым возникновение обязательства возмещения убытков, необходимо прежде всего доказать факт действительного причинения убытков имуществу верителя тем, что в его пользу не может быть совершено должником действие, которое последний обязался предпринять и которое составляет первоначальный предмет главного обязательства. Но этого еще мало. Необходимо доказать также, что существует у верителя известное юридическое основание требовать признания должника ответственным за убыток, т.е. необходимо доказать наличие условий для возникновения нашего института, о которых я буду иметь случай поговорить ниже. Только при таком положении дела, т.е. когда веритель приведет на этот счет вполне удовлетворительные доказательства, можно считать обязательство возмещения убытков возникшим. Очевидно, должно быть признано для верителя вполне недостаточным доказать лишь наличие существования права требования и факт неисполнения должником этого права требования. При договорных отношениях если веритель требует вследствие невозможности исполнения предмета обязательства **in natura** уплаты денежной суммы, являющейся эквивалентом стоимости этого первоначального предмета, то должник, чтобы освободить себя в этом отношении от ответственности, должен доказать отсутствие **culpa** со своей стороны. Если же веритель начинает иск об убытках, то, напротив, он является лицом, на котором лежит обязанность доказать, что **culpa** со стороны должника вызвала причинение этих убытков. Сообразно со сказанным, веритель, требуя вознаграждение за убыток, если такой убыток возник для него вследствие неисполнения должником предмета обязательства, обязан доказать существование убытка и его размеры.

Neuner <1> говорит, что в каждом обязательственном договоре содержится в скрытом виде обязательство возмещения убытков и что причина этому явлению лежит в тенденции современного права заставить каждое правоотношение собственной силой реагировать против его "Verbringen". Если эта мысль должна быть понимаема в том значении, что обязательство допускает, не теряя своей индивидуальности, превращение в денежную форму, то она совершенно правильна. Того же самого нельзя сказать в случае, если этой же мысли придавать совсем иное значение, а именно если считать, как это делает **Neuner**, что обязательство, сохраняя свое тождество, может превратиться в притязание уплаты "той денежной ценности, которую оно (т.е. обязательство) имеет для имущественного положения управомоченного лица "in toto" <2>. Таким образом, взгляд **Neuner**'а едва ли может быть признан правильным. Он делает ничем не оправдываемую фикцию, что воля сторон, служащая основанием возникновения обязательственного договора, направлена, между прочим, также и на возмещение убытка, который может иметь место вследствие неисполнения этого обязательственного договора. Такая фикция затемняет лишь дело. Каждая сделка является юридическим фактом, вызывающим для известного лица возникновение права в субъективном смысле. Возможность

принудительного осуществления такого права в субъективном смысле составляет прямое юридическое последствие этой сделки. Но этим дело и ограничивается. Никакого иска об убытках, который, как потенциальная энергия, являлся бы в скрытом виде присущим юридической сделке, нет и быть не может - уже по той простой причине, что каждая сделка имеет известную, строго ограниченную область юридических последствий, определяющих содержание этой сделки, тогда как иск об убытках представляется, напротив, совершенно неопределенным как по содержанию, так и по объему. Конечно, вовсе не закрыта возможность возникновения в некоторых случаях иска об убытках и при юридической сделке, как это мы видим, например, при многих римских контрактах, но этот иск будет иметь уже самостоятельное основание для своего возникновения, будет вытекать из юридического факта, который называется вредною деятельностью, а не **из юридической сделки**. То обстоятельство, что в римском праве иск на основании контракта служил обычным средством для взыскания убытка, имевшего место при таком контракте, не изменяет существа дела. Также и в римском праве причиной возникновения обязательства возмещения убытков при каком-либо контракте служит не этот контракт, но вредное действие. Что же касается **названия** иска, направленного на возмещение убытков, то, если оставить в стороне некоторые чисто исторические подробности, надо будет признать, что дело этим названием в римском праве и ограничивалось и юридическая природа иска была иною, чем в случае, когда вопрос шел об осуществлении того права в субъективном смысле, основанием возникновения которого служило не вредное действие, как при убытках, а непосредственно сама сделка.

<1> Wesen und Arten der Privatrechtsverh., с. 183.

<2> Против взгляда **Neuner**'а см.: Binding, I. с., с. 459 (сн. 1). **Neuner** в этом вопросе является представителем романистической доктрины. Этот взгляд находит себе объяснение в историческом соображении, что в области римского права притязание возмещения интереса вследствие неисполнения контрактов осуществлялось посредством соответствующих контрактных исков.

Принудительное исполнение должником предмета обязательственного договора является, таким образом, не возмещением убытков, но реализацией действия, которого веритель может добиваться на основании принадлежащего ему права в субъективном смысле, предоставляемого этим обязательственным договором. На это мне могут возразить, что многочисленные правила, существующие в римском гражданском праве относительно **periculum** и **diligentia** при том или ином договоре, имеют в виду именно вопрос о возмещении убытков. В этом смысле высказывается, например, Binding <1>, приводя ответственность за **periculum rei** как пример обязательства возмещения убытков, наступающего независимо от **culpa** лица, несущего такую ответственность. Едва ли, однако, подобное возражение

против нашего взгляда может быть признано основательным. Как при вопросе о том, кто должен нести риск (*periculum*) при договоре, так равным образом при вопросе о содержании понятия "*diligentia*", необходимого при заключении договора, дело идет в огромном большинстве случаев опять-таки об **исполнении** этого договора. Учение римского права о ***periculum*** и ***diligentia*** касается по общему правилу только некоторых подробностей этого исполнения.

<1> L. c., c. 444 (сн. 29).

Правильную точку зрения по этому поводу мы встречаем у Hälschner'a <1>. Этот писатель считает, что при решении вопроса о ***periculum*** речь идет не о возмещении убытков, но именно о только что упомянутых мною подробностях исполнения договора. Нельзя согласиться только с мотивировкою, приводимую этим автором в защиту своего взгляда. По Hälschner'у, основание ответственности за ***periculum*** заключается в том, что известный имущественный объект входит в качестве составной части в имущество лица, несущего риск. Достаточно указать на l. 25, § 7 D. 19, 2, чтобы ясно увидеть всю неправильность этой мотивировки. Сошлюсь также на положение дела, имевшее место в римском праве при договоре купли-продажи, прежде чем совершена традиция. Риск в этом случае нес, как известно, покупатель, но вещь до момента традиции еще не входила в качестве составной части в принадлежащее ему имущество. В действительности границы имущественной сферы какого-либо лица вовсе не совпадают с границами ответственности этого лица за *casus*. Если дело идет о каком-либо обязательственном правоотношении, то вопрос о риске разрешается на основании природы этого обязательственного правоотношения - независимо от вопроса, кому принадлежит объект обязательства. Известное правило "*dominus sentit casum*" не включает в себе никакого указания на правильное решение вопроса о риске, так как это правило ведет к ***circulus vitiosus***: тот **является *dominus*'ом**, кто "*sentit casum*". С Hälschner'ом согласен **Thon**, но у него мы встречаем более правильную мотивировку этого верного взгляда на дело: "...*der Käufer trägt die Gefahr*"... *Mit diesem Satz wird keineswegs dem Verkäufer eine Entschädigung zugebilligt... Ihm verbleibt nur was ihm bereits zustand: sein Forderungsrecht gegen den Käufer*".

<1> Gerichtssaal, Bd. XXVIII, c. 406 (сн.).

С нашим институтом не следует смешивать, далее, тот случай, когда кто-либо посредством особого заключаемого с этою целью договора обязуется возместить уже имевший место в прошедшем убыток. Обыкновенно в литературе нашего предмета принято рассматривать этот случай как обязательство возмещения убытков. Таким путем доктрина силится сохранить ложно понимаемое ею единство нашего института. Между тем

здесь мы имеем дело с юридическим явлением совершенно иного рода. Содержание и объем обязательственного правоотношения определяются в этом случае не вредною деятельностью как таковою, но соглашением сторон, которое нашло себе выражение в существующем по этому поводу договоре. Правильный взгляд на этот счет защищает **Thon** <1>. Он приводит следующие соображения с целью обосновать ответственность, вытекающую из такого договора: "Wenn hier den einen Theil eine Ersatzverbindlichkeit trifft, so geht doch nur die Absicht der Parteien und nicht die der Rechtsordnung auf Ersatz. Letztere will nur die Erfüllung des gültig Verprochenen. Dass dieses seinem Inhalte nach auf eine Schadloshaltung des Gläubigers abzielt, ist für die Rechtsordnung nicht das Motiv für die Aufstellung ihres Erfüllungsgebotes". Возьмем, например, договор страхования от огня. На основании разделяемого мною взгляда на дело тут не может быть и речи о нашем институте. В случае если пожар действительно произойдет и уничтожит застрахованные предметы, для должника возникает обязанность исполнить предмет обязательства, т.е. уплатить денежную сумму, на которую имущество было застраховано. Этим все и ограничивается. Иное дело, если вследствие неуплаты должником вовремя этой суммы верителю будет причинен убыток в том смысле, в котором я употребляю это выражение в моем исследовании. В этом случае убыток вызван действием лица, на которое должна пасть ответственность, тогда как при пожаре вред имеет место вследствие обстоятельств, не могущих быть отнесенными к деятельности субъекта, обязанного уплатить потерпевшему денежную сумму, в какой этот последний застраховал свое имущество.

<1> L. с., с. 54.

Вопрос о **различии** между исполнением должником эквивалентной **praestatio** вместо первоначального предмета обязательства, с одной стороны, и обязательством возмещения убытков, возникшим вследствие неисполнения этого предмета, с другой стороны, сопровождается некоторыми трудностями в том случае, когда должник нарушил **diligentia**, к которой он был обязан при договоре. Внешним признаком означенного различия является требование истцом свыше того, что, согласно обычному пониманию дела, лежит в основании первоначального права требования. Если этот признак налицо, то мы имеем дело уже не с эквивалентною **pmestatio**, наступающею вместо первоначального предмета исполнения, а с обязательством возмещения убытков. То, в какой мере этот признак на самом деле существует, должно быть определяемо в каждом отдельном случае на основании особого исследования содержания права требования, о котором идет речь. При этом следует обращать особенное внимание, продолжает ли правоотношение между сторонами, возникшее вследствие неисполнения первоначального предмета обязательства, носить по-прежнему типический характер, присущий обязательству с самого начала его появления, или же, напротив,

это правоотношение, потеряв такой типический характер, принимает тот вид, который имеет обязательство возмещения убытков. При наличии этого последнего часто можно совершенно ясно различить наряду с такими юридическими фактами, которые имеют своим последствием возникновение главного обязательства, вполне самостоятельную серию юридических фактов, могущих подойти под одно общее название "вредная деятельность". Примером может служить случай, когда поклажеприниматель злостным образом уничтожает отданную ему на сохранение вещь. Но даже и в том случае, когда "вредная деятельность" не имеет такого резкого проявления, юридические факты, которые в качестве своего последствия влекут возникновение обязательства возмещения убытков, могут приобрести требуемое в этом отношении самостоятельное значение. Это имеет место при таком положении дела, когда означенные юридические факты, потеряв с внешней стороны свой типический характер, сливаются воедино с фактом неисполнения главного обязательства и налагают на должника ответственность в смысле возмещения причиненных убытков. Сюда относится старинная контроверза о применении **actio legis Aquiliae** при некоторых контрактных отношениях. Может ли **actio legis Aquiliae** быть применена, например, против депозитария, **levi culpa** разрушившего отданные ему на сохранение вещи? **Vangerow** <1> справедливо решает этот вопрос в отрицательном смысле и говорит, что специфическая форма или степень **diligentia**, которую каждое обязательство требует на основании своей природы, имеет в виду лишь "die besonderen Obliegenheiten, die eben aus diesem Obligationsnexus entstehen". Важное значение для решения вопроса, имеет место при неисполнении предмета главного обязательства возникновение обязательства возмещения убытков или нет, приобретает, как мы видели выше, распределение тяжести доказательства. Но никогда не следует забывать, что, несмотря на всю важность вопроса о тяжести доказательства в интересующем нас отношении, этому вопросу не может быть отведено первого места в учении об обязательстве возмещения убытков, возникающем при неисполнении должником предмета главного обязательства. Первостепенное значение в данном случае должно быть придано анализу содержания отдельных **типов** различных договоров - в том виде, в каком эти типы получили регламентацию со стороны законодателя. Результат такого анализа излагается, как известно, в особенной части обязательственного права. Из анализа содержания какой-либо типичной сделки мы узнаем, какие юридические факты составляют нормальное явление при этой сделке. Вот почему, если мы знаем, к какому типу должен быть отнесен договор, нам уже нетрудно определить, какие юридические факты должны быть отнесены к содержанию этого договора и какие юридические факты носят иной характер и вызывают возникновение обязательства возмещения убытков. Другими словами, мы получаем в анализе содержания отдельных договорных типов важное указание, когда нам считать лицо, выступающее истцом по поводу одного из таких договоров, начинающим иск на основании договора или же на основании

вредной деятельности другой стороны. Особенная часть обязательственного права, или, выражаясь точнее, правила, излагаемые в ней относительно какого-либо отдельного типа договоров, даст нам критерий для решения вопроса, в каком случае ссылка истца на **culpa** со стороны ответчика может служить указанием на то, что при данном положении дела имеется обязательство возмещения убытков. Далеко не во всех случаях, когда истец по какому-либо договору ссылается на **culpa** ответчика, мы имеем дело с нашим институтом, так как истец может при этом иметь в виду обратить внимание суда только на то обстоятельство, что ответчик сделал упущение по поводу **diligentia**, к которой он был обязан на основании правил, действующих при договоре данного рода. Ясно, что, когда вопрос о **culpa** должен быть обсуждаем сообразно заключающемуся в законе содержанию договора, **diligentia**, требуемая при таком договоре, определяется фиксированною законом природою этого договора и обязанности, которые благодаря такой **diligentia** выпадают на долю должника, зависят от особенностей **права** в субъективном смысле, принадлежащего верителю. Если истец ссылается на договор, то он не требует от суда, чтобы этот последний по признанию такого договора действительно существующим обязал ответчика к возмещению убытков. Дело суда ограничивается принуждением должника к исполнению предмета обязательства или **in natura**, или же в форме, эквивалентной **praestatio**. Для существования обязательства возмещения убытков необходимо доказать факт вредной деятельности. Неисполнение договора само по себе вовсе не указывает на то, что такая вредная деятельность действительно имела место. Также и при неисполнении должником предмета договора обязательство продолжает оставаться все тем же и сохраняет ту же самую ценность. Веритель **не понес убыток** только на основании одного факта, что должник не исполнил обязательство. Факт этот сам по себе имеет только одно то последствие, что для верителя возникает необходимость прибегнуть к суду с целью принудительного исполнения предмета обязательства. Каждый настоящий убыток невознаградим в том смысле, что при нем наступает ухудшение в имущественном положении дамыфиката и что это ухудшение является объективным фактом, который не может быть заглажен совершившимся впоследствии исполнением должником предмета обязательства. Подобное ухудшение в имущественном положении дамыфиката устраняется лишь вполне самостоятельным фактом - тою особою мерою, которая называется возмещением убытков. Эта мера выступает как вполне самостоятельный факт по отношению к потере имущества вследствие вредной деятельности - как **fait accompli** <2>. Возмещение убытков не является, так сказать, непосредственным продолжением реализации кредитором своего права требования, подобно тому как это имеет место при судебном принуждении к исполнению предмета обязательства **in natura** или к совершению должником эквивалентной **praestatio**. Значение нашего института совсем иное. Мы встречаемся при этом последнем с вполне самостоятельным актом,

направленным **против** имущественной потери вследствие вредной деятельности. Этот акт и составляет возмещение убытков. Как с точки зрения объема, так и с точки зрения своего правового основания возмещение убытков должно быть строго отличаемо от того права требования, вследствие неисполнения которого этот убыток причинен. Отсюда следует, что традиционное деление учения о возмещении убытков на два отдела, из которых один обнимает случаи убытков при договорах, а второй касается случаев внедоговорных убытков, не может быть оправдано, потому что ответственность, существующая для должника при обязательственном договоре, носит характер ответственности касательно исполнения предмета этого договора - безразлично, будет ли это исполнение совершено **in natura** или путем эквивалентной **praestatio**. Правда, могут существовать такие чрезвычайные обстоятельства, при наличии которых неисполнение должником предмета договора в состоянии повлечь за собою причинение верителю убытков в истинном смысле этого слова, но даже и в этом случае неисполнение договора является с юридической стороны интересным **не само по себе**, но лишь как одно из имеющихся в деле **средств доказательства** по поводу возникновения обязательства возмещения убытков.

<1> Vd. III, с. 500.

<2> См.: Degenkolb, I. с., с. 20 сл.

§ 9. Возмещение убытков при нарушении вещного права

Между тем как характер права требования не утрачивается от того, что на место первоначального предмета обязательства вступает **praestatio**, служащая эквивалентом по отношению к этому первоначальному предмету, совершенно обратное явление мы наблюдаем при вреде в естественном смысле этого слова, т.е. когда объектом вредной деятельности выступает какое-либо **вещное право** и когда имеет место полное или частичное уничтожение известной вещи. В этом случае возникает обязательство возмещения убытков - совершенно независимо от того, составляет или нет такое обязательство с экономической стороны что-либо иное по сравнению с эквивалентом первоначального права. Формальное оправдание этому явлению найти нетрудно. При полном уничтожении вещи прекращается право собственности на эту вещь. При частичном уничтожении право собственности само по себе вовсе не страдает от вредной деятельности, насколько не утрачено владение вещью. Если же при таком частичном уничтожении вещи и владение ею утрачено, то, очевидно, право собственности совсем исчезло. Ни в одном из этих трех случаев основанием для возникновения нового притязания **вещное право** служить не может <1>. Дело объясняется очень просто. Право требования сохраняет свое тождество также при **praestatio** эквивалента вместо первоначального предмета исполнения, а вещное право в аналогичном случае прекращается. Такое

различие в этом вопросе между обязательственными и вещными правами прекрасно объясняется тем соображением, что обязательственные права отличаются друг от друга по основаниям их возникновения, тогда как вещные права, напротив, индивидуализируются по своему объекту <2>. При обязательственных правах не требуется доказывать существование какого-либо нового основания для их возникновения, в случае если на место первоначального предмета исполнения вступает **praestatio** эквивалента этого предмета. Основание возникновения обязательства, несмотря на перемену, происшедшую относительно его предмета, остается прежнее. Напротив, при уничтожении объекта какого-либо вещного права прекращается и само это вещное право. Вот почему для того, чтобы потерпевший получил эквивалент стоимости этого вещного права, необходимо доказать наличие какого-либо нового юридического факта, имеющего своим последствием возникновение обязательства исполнить в пользу потерпевшего действие, играющее роль означенного эквивалента, т.е. необходимо с этой целью доказать факт вредной деятельности, уничтожившей объект вещного права, а вместе с этим объектом уничтожившей также и само вещное право. Только после представления доказательства в указанном смысле можно признать обоснованным притязание потерпевшего лица получить эквивалент вместо потерянного им вещного права. Из сказанного мною само собою вытекает, что в этом случае, в противоположность тому, как это имеет место в области договорных отношений, **praestatio** эквивалента облечено в форму обязательства возмещения убытков.

<1> См.: Neuner, I. с., с. 179; v Schey в: Grünhut's Zeitschrift, Bd. VIII, с. 148 (сн. 138).

<2> См.: v. Schey в: Grünhut's Zeitschrift, Bd. VIII, с. 112 сл.; несколько иначе: Windscheid, Pand., § 64, сн. 6.

Уничтожение объекта вещного права ("Verbringen") не составляет создания положения дел, противоречащего этому вещному праву. Конечно, вместе с уничтожением своего объекта прекращается, как я уже сказал несколько выше, и само вещное право. Однако этим дело и ограничивается. Никакого "правопротивного положения" этим не создается. Такое "правопротивное положение" в области вещного права существует только в одном случае, а именно если помимо всякого уничтожения объекта вещного права этот объект просто-напросто удерживается ответчиком ("Vorenthalten"), т.е. в том случае, когда имеется основание для "реституции", выступающей в виде реакции против "правопротивного положения", созданного **удержанием** вещи. Что же касается **уничтожения** вещи, то в этом случае, напротив, имеет место не "реституция", а возникновение обязательства возмещения убытков. При полном или частичном уничтожении вещи убыток может превысить **verum rei pretium**, т.е. он может коснуться не только вещи как составной части имущества, но и имущественного положения дамнификата в более широком размере. Это

весьма легко объясняется тесной зависимостью, существующей между повреждением какой-либо отдельной вещи и ухудшением имущества в его целом. В случае таких обширных размеров причиненного убытка в сравнении с ценой непосредственно поврежденной вещи не может подлежать никакому сомнению, что главная задача суда состоит именно в выяснении вопроса, насколько пострадало имущественное положение дамификата **in toto**. С точки зрения этого вопроса факт повреждения вещи приобретает значение важного средства доказательства. Однако такое чисто доказательственное значение означенный факт имеет также и в том случае, когда размер причиненного убытка не идет дальше цены поврежденной вещи. Также и при таком положении дела обстоятельство, что вещь уничтожена или "потеряна", служит только простым указанием на то, что имеет место уменьшение имущества в его целом.

Таким образом, как неисполнение должником предмета обязательства, так и прекращение вещного права вследствие уничтожения посторонним лицом вещи, служившей объектом этого вещного права, имеют значение **только одного** из средств доказательства в учении о нашем институте. Оба этих средства доказательства не исключают возможности допустить существования также **других** средств доказательства относительно факта возникновения имущественного убытка. Действительно, мы видим, что при таком положении дела, когда оба только что указанных средства доказательства отсутствуют, возмещение убытков тем не менее может быть осуществлено. Как пример я приведу случаи возникновения обязательства возмещения убытков при подрыве кредита потерпевшего лица, при посягательствах на чужую жизнь, здоровье, честь и т.п. Единство института не утрачивается вследствие вполне естественного различия в объектах вредной деятельности. Между тем сфера явлений этой вредной деятельности, при которой особенное значение приобретает одно из двух указанных мною выше средств доказательства, обнимает в практическом отношении наиболее важные случаи применения института возмещения убытков. При наличии одного из этих двух средств доказательства констатировать как размеры убытков, так и сам факт существования этих убытков представляется делом более легким, чем в случаях, когда оба этих средства доказательства отсутствуют. Однако даже и при таком отсутствии обоих этих средств доказательства, несмотря на всю трудность дела, факт причинения убытков и их объем могут быть выяснены при наличии некоторых особенных обстоятельств, дающих право сделать заключение в этом смысле. Нельзя не признать, что в последнем случае открывается очень и очень широкий простор для вмешательства **судьи**, но также и здесь весьма многое зависит от деятельности законодателя. Так, например, при отсутствии в положительном праве соответствующей нормы прямо невозможно произвести оценку имущественного убытка, возникшего вследствие факта чьей-либо смерти, а равным образом определить в этом случае лицо, которое в качестве потерпевшего должно получить возмещение понесенного им убытка. Законодатель приходит здесь на помощь. Он выясняет посредством заранее и

точно установленных им с этой целью правил, имущество каких именно лиц следует считать непосредственно уменьшившимся вследствие того, что рабочая сила умершего уже не может служить на пользу экономическим интересам этих лиц. Задача законодателя этим не ограничивается. Он призван также установить справедливый размер денежного вознаграждения, на которое эти лица имеют право рассчитывать. С этой точки зрения для законодателя представляется делом большой важности произвести тщательную оценку материальных нужд и интересов этих лиц, которые удовлетворялись рабочим трудом умершего, а также войти в подробное исследование вопроса об относительном значении таких материальных нужд и интересов. Другим примером может служить причинение вреда здоровью. В этом случае при наличии известных обстоятельств вопрос о возмещении убытков не представляет значительной трудности. Если, например, дело идет об увечье, лишившем рабочего способности к физическому труду, задача законодателя вполне ясна. Напротив, весьма часто вопрос о причинении вреда чужому здоровью приобретает с точки зрения возмещения убытков настолько сложный характер, что приходится ограничиваться присуждением ответчика только к уплате издержек пострадавшего лица (например, на доктора, на лечение и т.п.). Это имеет место, например, во всех случаях, когда увечье нанесено субъекту, и без того уже неспособному к работе.

Имущественный убыток нельзя охарактеризовать как фактическое отношение, противоречащее праву в субъективном смысле <1>. Другими словами, причиной возникновения имущественного убытка не является непременно нарушение права в субъективном смысле. Такою причиной служит самостоятельный юридический факт, называемый вредною деятельностью. Что же касается нарушения права в субъективном смысле, то оно хотя и может, конечно, при известных обстоятельствах иметь место также при вредной деятельности, но призвано в этом случае играть роль лишь одного из средств доказательства относительно такой вредной деятельности.

<1> См. выше, с. 173.

§ 10. Главнейшие течения в литературе вопроса об убытках

Убыток в установленном выше смысле этого слова является существенным признаком понятия вредоносной деятельности как юридического факта, имеющего своим последствием возникновение обязательства возмещения убытков. Однако этот момент вовсе не служит основанием означенного обязательства. В самом деле, уже на первый взгляд является совершенным абсурдом, что сам вред может выступать правовым основанием для обязательства возмещения убытков: возмещение убытков предполагает определенное лицо, которое должно нести ответственность, а для решения вопроса, кто это лицо, сам факт причиненного вреда не дает ни

малейшего указания. Между тем новейшие течения в литературе обнаруживают тенденцию сосредоточить центр тяжести учения о нашем институте именно на моменте вреда самого по себе, потери имущества в качестве таковой. Другими словами, стараются придать вреду характер принципиального основания для обязательства возмещения убытков. Эта тенденция не может быть признана столь непонятною, какою она кажется с первого раза. Она явилась как реакция против одностороннего взгляда, господствовавшего раньше в литературе предмета. В прежнее время существовала как раз противоположная тенденция. Моменту вреда противопоставляли момент вины и подчеркивали этот последний как основание обязательства возмещения убытков.

"Nicht der Schaden verpflichtet zum Schadensersatz, sondern die Schuld" (Ihering). Эта формулировка отличается очевидною односторонностью, так как не одна вина вызывает ответственность, но вина в соединении с вредом. Исключать момент вреда совершенно невозможно. Напротив, вред составляет **condicio sine qua non** для обоснования ответственности при обязательстве возмещения убытков <1>. Правда, можно рассуждать, что момент вреда имеет более слабое значение, чем момент вины, но отсюда вовсе не следует, что нужно отбросить в сторону момент, более легкий по силе. Одна крайность во взгляде вызвала другую крайность, и вот мы видим, что получает господство следующее правило: к возмещению убытков обязывает не вина, но сам вред. Иногда это правило находит себе прямое выражение, а иногда оно молчаливо кладется в основание юридической конструкции рассматриваемого института. Такое направление в литературе предмета непосредственно вытекает из коренного переворота во взгляде на обязательство возмещения убытков. Тогда как в прежнее время учение об этом обязательстве было неразрывно связано с римским учением об интересе, ныне оно освобождено от этой связи и обсуждается наряду с весьма слабо развитым в римском праве учением о распределении риска при юридических сделках или же наряду с вовсе неизвестными римскому праву видами страхования добровольного и принудительного. Идя таким путем, современная доктрина естественно пришла к тому, что начала придавать в разбираемом вопросе главное значение именно вреду, являющемуся общим моментом при всех только что указанных институтах. С этой точки зрения именно вред как таковой служит фактором, нуждающимся главным образом в законодательной регламентации. **Binding** прямо говорит, что вся задача этой последней должна быть сведена исключительно к определению лиц, на которых следует возложить обязанность возмещать наступивший вред, - независимо от того, произошел ли этот вред вследствие правомерного действия, или правопротивного, или же вследствие casus <2>. Подобный взгляд отрицает необходимость внутреннего соответствия между вредом и моментом вины, существующей у лиц, несущих ответственность за вред. Отодвинув на задний план момент вины, сторонники этого господствующего в настоящее время взгляда остановились перед следующей дилеммой: или признать, что событие, которое служит механическою причиною вреда,

является достаточным основанием обязательства возмещения убытков, или же считать таким основанием непосредственно сам вред. Что касается первого средства, то оно представляется настолько слабым, что имеет мало сторонников. Тем большее значение приобрело второе средство, и вот мы видим, как в литературе получает господство взгляд, что момент вреда в качестве такового служит краеугольным камнем рассматриваемого института независимо от других каких-либо обстоятельств. Существенною целью этого последнего с указанной точки зрения является исправление наступившего вреда, причем не представляет никакого интереса решать вопрос о том, кто должен нести ответственность - то ли лицо, которое было виновно в причинении вреда, то ли какое-либо другое лицо. По господствующей в настоящее время теории этот момент совершенно безразличен, и главная задача законодателя состоит только в том, чтобы составить правила относительно различного рода вреда, не входя в рассмотрение иных вопросов. **Binding**, например, говорит по этому поводу следующее: "Das gesetzgeberische Problem, wer den Schaden zu tragen habe, ist von dem Grunde und der Art des Schadens durchaus unabhängig" <3>.

<1> Binding, Die Normen und ihre Uebertretung, с. 448.

<2> Binding, I. с., с. 468.

<3> Binding, I. с., с. 468.

Изложенная теория страдает важным недостатком, а именно вносится двусмысленность в понятие "понести вред". С точки зрения этой теории не тот "понес вред", кто испытал уменьшение принадлежащего ему имущества вследствие вредоносного действия, но тот, кто получил за это вознаграждение. Такая двусмысленность обусловлена тем обстоятельством, что, согласно разбираемой теории, вред должен быть обсуждаем совершенно независимо от лиц, являющихся субъектами отношения с активной или пассивной сторон, так что положение того лица, которого вред непосредственно коснулся, и положение каждого постороннего являются совершенно одинаковыми: "Die Schadensersatzverbindlichkeit und die Verpflichtung erfahrene Schädigung selbst zu tragen sind inhaltlich identisch" <1>. Вред является, по этой теории, фактом отрицательного характера не только для дамнификата, но и для дамнификанта, а также для целого общества. Спрашивается: кто же должен за него поплатиться при окончательном расчете, другими словами, кто должен нести ответственность за вред? Кто испытал его не только фактически, но также юридически? В прежней литературе предмета, когда, как мы видели, главное значение придавали моменту вины, вопрос этот, очевидно, не мог возникнуть, так как являлось вполне естественным возложить ответственность на того, кто непосредственно виновен. Напротив, в настоящее время при господстве изложенного мною выше взгляда означенный вопрос приобретает значение первостепенной проблемы. В этом отношении важное указание заключается в свойствах той деятельности, которая вызывает обязательство возмещения

убытков. Прежде делали с этой точки зрения различие между дамнификантом и дамнификатом. Такое понимание дела хотя и является само по себе правильным, должно быть, однако, принято с некоторою оговоркою. Основанием ответственности по обязательству возмещения убытков служит вредоносная деятельность **известного рода**. Понятие деятельности известного рода ведет к понятию деятельности **в известном направлении**, а этот признак, в свою очередь, указывает на начальный и конечный пункты деятельности - на дамнификанта и дамнификата. С этою оговоркою прежняя точка зрения может быть принята.

<1> Binding, I. c., с. 468.

Также и в деталях этот вопрос о значении выражения "понести вред" вызвал немало противоречий. **Steinbach** находит, что принцип распределения ответственности за убытки лежит в основании правила, выраженного в § 1310 Австрийского гражданского уложения, где решение вопроса об обязательстве возмещения убытков невменяемыми лицами поставлено в зависимость от взаимного имущественного отношения между этими лицами и пострадавшим субъектом <1>. **Unger** по поводу этой теории делает следующие замечания <2>. Совершенно неправильно говорить при обсуждении возмещения убытков о "Gefahrengemeinschaft", так как вред, имевший место, не угрожал двум имуществам: опасность постигла только имущество дамнификата, но не дамнификанта. Ясно, что все это противоречие прекрасно объясняется разницею двух указанных выше взглядов: **Steinbach** исходит из господствующей в настоящее время теории о значении выражения "понести вред", а **Unger** придерживается прежнего взгляда, т.е. делает различие между дамнификантом и дамнификатом и считает только этого последнего "потерпевшим вред". Напротив, для **Steinbach**'а убыток является дефицитом как в отношении имущества дамнификата, так и в отношении имущества дамнификанта, а потому он принимает в соображение оба этих имущества. Ошибка **Steinbach**'а заключается в том, что он поспешил вывести общее правило, опираясь на частный случай ответственности невменяемых лиц за причиненный ими вред. Это общее правило **Steinbach** применяет также при обсуждении вопроса о необходимости соразмерять убыток с виною дамнификанта. Дело идет, очевидно, о тех случаях, когда дамнификат не получает полного удовлетворения за причиненный ему убыток и когда имеет применение пословица "casum sentit dominus" <3>. Наш автор высказывает по этому поводу соображение, что чем меньшею является вина дамнификанта, тем большею должна быть та часть убытков, от ответственности за которую он освобождается <4>. Против этого взгляда возражает **Binding** <5>. Принцип, защищаемый **Steinbach**'ом, применяется также в том случае, когда на стороне дамнификанта момент вины вовсе отсутствует и когда правило "casum sentit dominus" находит себе полное оправдание. Тем же самым принципом "распределения вреда" объясняется, по **Steinbach**'у <6>.

ограниченная ответственность, возлагаемая, например, на почту за недоставку заказного письма, на железнодорожное общество за гибель предмета фрахта и т.д. Во всех подобных случаях убыток в значительной мере дамнификату вовсе не возмещается.

-
- <1> Steinbach, Die Grundsätze des heutigen Rechtes über den Ersatz von Vermögensschaden, 1888, с. 35 сл., 77 сл.
 - <2> Unger, Handeln auf eigene Gefahr, 1893, с. 140 (сн. 16).
 - <3> Steinbach, I. с., с. 74 сл.
 - <4> Kohler в: Zeitschr. f. vergl. Rechtswissenschaft, Bd. III, с. 174.
 - <5> Binding, I. с., с. 451 (сн. 40).
 - <6> Steinbach, I. с., с. 76 сл.

Такого же взгляда придерживается и **Thon** <1>. Он находит, что является вполне невозможным признать существование обязательства возмещения убытков, "wenn zwei Personen auf der Strasse im Laufe zusammenprallen". **Thon** говорит, что в этом случае несет потерю в имуществе не тот, чья собственность пострадала при столкновении, но тот, кто вышел счастливо из этого столкновения и кто должен возмещать убыток. Это соображение не имеет убедительной силы, так как при каждом случае возмещения убытков потерю в имуществе несет не то лицо, которого убыток непосредственно коснулся. **Thon** совершенно упускает из виду, что механическая каузальная связь не может с достаточной ясностью указать характер, присущий какой-либо деятельности. Механическая каузальная связь в том случае столкновения двух лиц на улице, который имеет в виду **Thon**, вовсе не связывает происшедший факт в большей мере с одним лицом, чем с другим. Сделать с этой точки зрения между ними выбор представляется столь же невозможным, как если бы это были не люди, но животные или неодушевленные предметы (см. известный I. 1, § 11 D. 9, 1). Вот другое дело, если бы деятельность, происшедшая между двумя лицами, была связана с виной одного из них. В таком случае для нас было бы совершенно ясным, про кого из них можно сказать, что он "понес вред".

-
- <1> Thon, Rechtsnorm und subjectives Recht, 1878, с. 106 (сн. 71).

Господствующая теория видит, как мы показали, основание для обязательства возмещения убытков в самом факте вреда. С этой стороны она совпадает со взглядом, которого я уже имел случай коснуться раньше <1>. Я понимаю тот взгляд, что вред должен заключаться в создании положения, противоречащего праву в субъективном смысле. Если бы этот взгляд являлся правильным, то основанием обязательства возмещения убытков служило бы, очевидно, право в субъективном смысле имущественного характера, подвергшееся нарушению, - совершенно таким же образом, как другие субъективные права служат основанием юридической защиты, имеющей место при их нарушении. С этой точки зрения можно было бы, как это делает

господствующая теория, назвать непосредственно сам вред основанием нашего института - по аналогии с тем, как, например, считают "основанием" принудительного исполнения действие, которое ответчик отказывается исполнить. Однако на самом деле этот взгляд должен быть признан совершенно неправильным, потому что ответственность при обязательстве возмещения убытков определяется не только активной ролью дамнификанта, но и **пассивною** ролью дамнификата, тогда как при нарушении права в субъективном смысле (гражданском правонарушении) принимается в соображение только активная деятельность правонарушителя. Разница здесь не в одних словах, но в том, что по поводу гражданского правонарушения применяются совершенно другие юридические правила, чем при обязательстве возмещения убытков.

<1> См. выше, с. 173, 185 - 186.

Таким образом, не вред сам по себе служит основанием нашего института. Мы уже видели, в чем заключается суть дела и на что должно быть обращено главное внимание. Замечу в заключение, что с точки зрения права чрезвычайно важно определить, почему законодатель в одном случае заставляет отвечать за вред одно лицо, а в другом возлагает ответственность совсем на другого субъекта, т.е. в чем коренится для законодателя мотив перенесения ответственности с одного лица на другое, какие юридические факты обуславливают ответственность именно того, а не другого лица <1>. В этом отношении, как мы видели <2>, весьма важным является **вид** деятельности, причинившей вред. Момент самого вреда важен для определения размера вознаграждения, имеющего быть присужденным, но вопрос о том, насколько такое вознаграждение должно иметь место, решает **характер** вредоносной деятельности. Этот характер и является основанием ответственности.

<1> Binding, I. с., с. 470.

<2> См. выше, с. 188 - 189.

Вопрос о характере вредоносной деятельности, призванный, как я сейчас сказал, играть столь важную роль в учении о нашем институте, стоит в тесной связи с другим вопросом, а именно с вопросом об обозначении зависимости между юридическими фактами и юридическими последствиями термином "каузальное отношение". При последнем вопросе речь идет об отношении причинной связи между вредным результатом как юридическим последствием и вредоносною деятельностью как юридическим фактом, тогда как при первом вопросе дело заключается в том, чтобы определить сам характер этого юридического факта. Однако отмеченное различие между обоими вопросами имеет, очевидно, только относительное значение. В самом деле, **характер** юридического факта (вредоносной деятельности) является непосредственною причиною юридических последствий, которые в этом

случае наступают (возмещения убытков). Другими словами, основание обязательства возмещения убытков (характер вредоносной деятельности), если к этому основанию подходить с точки зрения каузального момента, служит первым звеном в той цепи причин и следствий, которая имеет своим последним звеном обязанность возмещения убытков (юридические последствия).

Связь между юридическим фактом и юридическими последствиями обусловлена, с одной стороны, естественным отношением, существующим между причиной и следствием, а с другой стороны, правилом права в объективном смысле, санкционирующим означенное естественное отношение. Применяя эту точку зрения к нашему институту, мы получим следующий вывод: для того чтобы деятельность **известного рода** могла считаться юридическим фактом по отношению к вредному результату, необходимо прежде всего существование естественного отношения причины и следствия между **характером** деятельности и вредным результатом. Совершенно произвольно было бы на вопрос, почему такая-то деятельность вызывает обязанность возмещения убытков, давать ответ, что так угодно законодателю. Дело в том именно и заключается, что необходимо **объяснить**, почему ему так было угодно, т.е. должно доказать, что отношение между юридическим фактом и юридическими последствиями вытекает из самой "природы дела". Сущность этой "природы дела" состоит именно в том, что следует входить при каждом случае обязательства возмещения убытков в подробное рассмотрение характера вредоносной деятельности и на основании такого рассмотрения решать вопрос, может ли этот характер обусловить возникновение искомых юридических последствий. Закон содержит в себе в каждом отдельном случае лишь констатирование указанного естественного отношения между вредоносной деятельностью и возмещением убытков, как между причиной и следствием. Однако несмотря на такое второстепенное значение закона оно никогда не может и не должно быть упускаемо из внимания в учении о нашем институте.

Изложенное мною проливает свет на сравнительное достоинство двух противоположных точек зрения на роль "причинной связи" при обязательстве возмещения убытков. Мы видели, что существует, во-первых, естественное отношение между вредоносной деятельностью и вредным результатом, как между причиной и следствием, а во-вторых, существует законодательная санкция этого естественного отношения в качестве отношения юридического факта к юридическим последствиям. Отсюда становится понятным появление двух крайних теорий по поводу каузального момента: одна теория отождествляет его с отношением механической причинности, совершенно игнорируя связь между юридическим фактом и юридическими последствиями, а другая, напротив, полагает центр тяжести именно в этой последней.

Между приверженцами второй теории первое место принадлежит, несомненно, **Bar**'у, который наилучшим образом аргументировал защищаемый им взгляд <1>. С полным основанием подчеркивает он всю относительность понятия каузальной связи. По **Bar**'у, цель исследования какого-либо отношения указывает в каждом отдельном случае, в каком смысле следует понимать каузальный момент при этом отношении: "Jede Untersuchung nun, die der Mensch über die Aussenwelt anstellt, von frühesten Kindheit an bis zu den feinsten Untersuchungen des wissenschaftlichen Genie's, hat den Zweck, die Bedingungen festzustellen, unter denen wir die Aussenwelt nach unserem Gefallen zu modificiren oder, wo wir dies nicht können, uns selbst so zu modificiren im Stande sind, dass wir den Einfluss der Aussenwelt auf uns erhöhen oder vermindern, herbeiführen oder ausschliessen können " и т.д. <2>. Из этой цитаты видно, что **Bar** считает причиной явления с юридической точки зрения всегда человека, насколько он изменяет актами своей воли и деятельности обычное и планомерное течение гражданского оборота <3>. Это последнее определяется, в свою очередь, законом <4>. Действовать против такого течения означает, по **Bar**'у, быть "причиной" в юридическом смысле слова. Очевидно, наш автор приходит в этом отношении к слишком узкому определению понятия "причина". Отчасти к этому результату привел его пример римского права, соединявшего интересующий нас в настоящее время вопрос с учением о **diligentia**, которая требовалась от **bonus paterfamilias** <5>. Несмотря на такую узость даваемого **Bar**'ом определения понятия причины, его теория заключает в себе основание вполне правильное, хотя результат, к которому он приходит, не может быть назван таковым. **Bar** впадает в ошибку, аналогичную той, которую я отметил в предыдущем параграфе по поводу теории писателей, рассматривающих понятие вреда совершенно независимо от лиц, состоящих его участниками с активной или пассивной сторон. Аналогично с этим **Bar** рассматривает другой важный момент при нашем институте, а именно причинную связь, опять-таки совершенно независимо от лиц, коих касается эта причинная связь. "Необходимо, - говорит он <6>, - делать строгое различие между двумя вопросами, а именно между вопросом о каузальности и вопросом о вине (ответственность по поводу имевшей место каузальности)". Согласно с этим взглядом **Bar** рассматривает каузальный момент совершенно в общей форме, вне всякого отношения к субъектам, играющим роль при этом каузальном моменте.

<1> Bar, Die Lehre von Causa Zusammenhange im Rechte, besonders im Strafrechte, с. 9.

<2> Bar, I. с., с. 9.

<3> Bar, I. с., с. 11.

<4> Bar, I. с., с. 17.

<5> Bar, I. с., с. 13, 119.

<6> См. также: Birkmeyer в: Gerichtssaal, Bd. XXXVII, с. 257.

Теория **Bar'a** едва ли выдерживает строгую критику. Основная его ошибка состоит в том, что он создает особое, слишком узкое понятие причины, предназначенное им специально для сферы явлений юридического быта, тогда как понятие причины должно быть для юридических наук одинаковым со всеми иными науками, имеющими дело с этим понятием <1>. Юриспруденция должна пользоваться общими философскими понятиями, выработанными для всех наук. Правда, в нашей области мы имеем дело только с определенными **видами** причин, но это не исключает, как того желает **Bar**, возможности применять также общее понятие причины, хотя ближайшую задачу юриста составляет исследование отдельных **видов** причин, призванных играть роль в сфере юридической жизни. Не подлежит сомнению, что с точки зрения права между этими видами причин человеческая деятельность занимает **первое место**. Вот в этом-то и заключается доля истины в теории **Bar'a**. Вопрос должен быть поставлен совершенно так, как он это именно делает: когда человеческая деятельность является причиной, сопровождаемую известными юридическими последствиями? Но этим и ограничивается правильность теории **Bar'a**. Ответ его на поставленный вопрос, как мы видели, не может быть признан удовлетворительным. Такой ответ должен заключаться в указании на момент вины (*causa efficiens*) или на момент цели (*causa finalis*) как на основание для каузальной связи, потому что только при таком указании понятие каузальной связи может быть поставлено в непосредственное отношение к субъектам, которых эта каузальная связь касается. Другими словами, только при таком указании каузальный момент теряет отвлеченный характер и приобретает вполне жизненное, реальное значение. Если в вопросе о каузальной связи не обращать внимания на означенный субъективный момент (момент вины, момент цели), то совершенно нельзя было бы придумать формулы различия между теми случаями, когда мы могли бы указать на известное лицо как на полную и исключительную причину происшедших событий, и теми случаями, когда такому лицу должно быть придано значение только содействующего фактора.

<1> См.: Schlossmann в: Grünhut's Zeitschr., Bd. VII, с. 544.

Правильность моей точки зрения ясно вытекает из того обстоятельства, что в разбираемом вопросе речь идет о каузальности **человеческой воли**. Воля в качестве **causa efficiens** не может быть причиной действия, которое не должно быть вменяемо человеку, проявившему эту волю, потому что человек всегда предполагается обладающим необходимою для вменения долею сознания, так как в противном случае его нельзя было бы считать способным к юридически действительному выражению своей воли. Если это так, то, очевидно, представляется необходимым принимать во внимание при обсуждении каузальной связи чисто субъективные моменты. Совершенно иначе будет обстоять дело, если оставить в стороне вопрос о каузальности человеческой воли и спросить совершенно в общей форме: в чем вообще

состоит каузальность? При такой постановке вопроса нельзя уже будет сделать никакого различия между каузальностью воли и каузальностью механической. Однако такая постановка вопроса не должна быть считаемой правильной, потому что при этом отводится слишком **неопределенная** область для сферы действия каузальности человеческой воли. В самом деле, отождествить такую каузальность с каузальностью механической имеет тот же смысл, как если бы вовсе не было дано теорией нашей науки никакого критерия для определения того, что такое каузальность в юридическом смысле. Это значило бы отдать вопрос на регулирование тем сбивчивым и неопределенным правилам, которые сложились на этот счет в "практической жизни". Эти правила не принимают с достаточной силой во внимание признаков понятия причины вообще, но входят в лишенное единой общей точки зрения рассмотрение целого ряда отдельных каузальных серий самого разнообразного характера. При этом между понятиями "вина" и "причина" искусственно создается целая пропасть, так как человек с этой точки зрения не является виновным во **всем** том, что он причинил. Другими словами, проводится резкая грань между последствиями, вызванными человеческой волею, и теми из них, в наступлении которых она является виновной. Таков обычный взгляд, встречаемый в практической жизни, на интересующий нас в настоящее время вопрос. Нельзя отрицать того, что этот взгляд во многих отдельных случаях не лишен некоторого теоретического значения, но дело в том-то и состоит, что так бывает далеко не всегда и что мы имеем, напротив, целый ряд других случаев, в которых невозможно провести никакой точной границы между моментом вины и моментом причины.

На этом и ограничивается сходство моей точки зрения со взглядом **Bar'a**. Мы оба считаем, что в юридической сфере явлений причинная связь между актом человеческой воли и вызванными этим актом последствиями должна быть обсуждаема в связи с чисто субъективными моментами. **Bar** считает таким моментом "вину". Не отрицая значения "вины", я прибавлю еще другой субъективный момент, а именно момент "цели". Однако этим указанием важности субъективного момента и ограничивается правильность теории **Bar'a**. Результат, к которому он приходит, является ошибочным. По теории **Bar'a**, каузальный момент имеет **всегда** своим результатом события, носящие противоречащий праву характер. Вот в этом-то и заключается его ошибка. В этом убедят нас следующие соображения. Отношение между понятиями "вина" и "причина" состоит в том, что момент вины является **одним** из средств доказательства причинной связи (другое средство доказательства - момент цели). Он указывает, где искать причину явления известного рода. Сама по себе "вина", конечно, всегда предполагает правило права в объективном смысле, нарушаемое действием человека. В этом смысле **Bar** прав: там, где речь идет о вине, всегда имеется налицо действие с характером, противоречащим требованиям права. Но ведь момент вины, как мы сейчас видели, составляет **только одно** из средств доказательства существования причины. Отсюда делается само собою понятным, что совершенно неправильно будет, подобно **Bar'у**, придавать "причине" **во всех**

могущих иметь место случаях этот противоречащий праву характер. Другими словами, такой характер играет в разбираемом вопросе совершенно второстепенную роль и не имеет значения существенного признака понятия "причина явления" в юридическом смысле этого слова. Таким образом, мы видим, что теория **Bar'a** не может быть принята, хотя она весьма близка к правильному взгляду.

§ 12. Теория Binding'a

Критика теории **Bar'a** дает нам руководящую нить также для критики теорий, впадающих в противоположную крайность, отрицая за моментом вины какое бы то ни было значение в интересующем нас вопросе. Я считаю, что момент вины далеко не во всех случаях может служить основанием нашего института. Таким основанием является **каузальность воли**, хотя бы момент вины вовсе отсутствовал. Правильный взгляд на дело не составляет продукта творческой деятельности новых писателей. Он, как мы указали, всегда имел своих представителей в области литературы нашего предмета. Не был он чужд, как я показал, также и положительным законодательствам. Но честь полной разработки теории каузальности воли независимо от момента вины принадлежит действительно Новому времени. Имя одного лица должно быть признано в этом отношении особенно выдающимся. Я разумею Binding'a. Этот автор поставил вопрос на правильный путь, с которого он более уже не сходил. "Hier stehen dem Gesetzgeber zwei Schadensträger zur Wahl. Was ist gerechter, den Schaden seinem Verursacher oder seinem Erdulder zuzumuthen? Es sollte nicht einen Augenblick zweifelhaft sein. Was der Mensch schlimmes verursacht, mit oder **ohne Schuld**, muss er bessern. Hat er das Unglück gehabt etwa in der Geistesverwirrung fremde Sachen zu zerstören, so ist er doch Urheber des Schadens, hat fremde Rechte verletzt, und der Geschädigte ist noch viel unschuldiger als er. Das thätige Princip hat die Folgen seiner Thaten zu tragen und nicht sein Opfer. Schlimm genug für letzteres, dass es zunächst den An und Eingriff leiden musste. Ein Grund ihm die Opferrolle von Rechtswegen zuzumuthen ist unauffindbar. Nicht einmal zum Theil kann man ihm das erfahrene Leid dauernd aufbürden" <1>.

<1> Binding, Normen, Bd. I, с. 471; см. также Pfaff'a в коллективном труде "Drei Gutachten über die beantragte Revision des 30-ten Hauptstückes im II Theile des a. b. Gesetzbuches" (с. 8 сл.); ср.: Thon, Rechtsnorm, с. 106 (сн. 71); Steinbach, Ersatz von Vermögensschäden, с. 33 и сл.

Сторонников теории вины прежде всего следует упрекнуть в недостатке последовательности. Так, например, они ни на минуту не останавливаются допускать перенесение обязательства возмещения убытков на наследников как с активной, так и с пассивной стороны, хотя, конечно, наследникам не может быть вменено решительно никакой вины. Кроме того, с

господствующим взглядом плохо мирится признание **ответственности за чужую вину**. Если быть последовательным, то нужно было бы признать, что никто не обязан нести на себе последствия чужой вины. Между тем приверженцы теории вины этого и не думают делать.

Защита теории вины противоречит простой **справедливости**. Богатый охотник стреляет для забавы и попадает случайно в единственную корову бедного крестьянина. Дитя, находящееся в возрасте невменяемости, разбивает из шалости камнем выставленную на рынке посуду и т.п. С точки зрения теории вины крестьянин должен нести потерю своей коровы, а торговец посудой - разбитие ее камнем. Они оба должны довольствоваться старым правилом мудрости "casum sentit dominus". Где же тут справедливость? Задача нашего института в том именно и заключается, чтобы переложить тяжесть убытка на то лицо, которое должно нести его по справедливости. Происшедший убыток представляет абсолютный минус в экономической жизни и никакими юридическими средствами заглажен быть не может. Возмещение убытка вред не уничтожит, но оно лишь перенесет неприятность вреда с одного лица на другое. Судебное решение, последовавшее в процессе об убытках, объявляет только, что не тот, кого непосредственно коснулся убыток, но другое лицо должно юридически его нести, или же судебное решение санкционирует, что тот, кого вред фактически затронул, несет всецело эту тяжесть. Основная проблема общего учения об убытках состоит в определении того, кто обязан окончательно нести потерю, которую породил собою убыток <1>.

<1> См.: Binding, I. с., с. 468.

Binding говорит в различных местах своего исследования, что человек должен нести последствия причиненного им вреда независимо от наличия или отсутствия вины с его стороны. Спортсмен в стрельбе упражняется в этом искусстве в открытом месте и попадает в окно своего недалеко находящегося дома. Он, конечно, несет убыток независимо от того, причинен ли им вред по неосторожности или по чистой случайности. Почему же смотреть на дело другими глазами, если спортсмен вместо окна своего дома попадет в окно соседа? Твердо придерживаться в этом случае правила "casum sentit dominus" составляет явное противоречие требованиям справедливости.

Граница между culpa и casus носит относительный характер. Каждый случайный вред, причиненный человеческою деятельностью, всегда коренится в отсутствии ловкости, предусмотрительности или знания. От обстоятельств каждого отдельного случая зависит решение вопроса, можно ли при отсутствии у виновного лица только что указанных качеств возложить ответственность за случайно причиненный им вред. Легко может быть, что то же самое действие при одних условиях носит характер случая и освобождает его совершителя от невыгодных последствий, а при других условиях подвергает его самой тяжелой гражданской и даже уголовной ответственности. Самые различные обстоятельства принимаются при этом в

расчет. Достаточно в виде примера привести вред, причиненный ядом. Очевидно, что ответственность химика или медика в этом случае будет совсем иной, чем ответственность обыкновенного человека. В одном случае мы будем иметь **culpa**, а в другом - **casus**. Игнорировать относительный характер **culpa** и **casus** равносильно подведению всех людей под одну мерку, что, разумеется, невозможно. Таким образом, если класть в основание нашего института момент вины, то так или иначе придется считаться с относительностью границы между виной и случаем и обращать самое тщательное внимание на индивидуальные особенности действующего субъекта. В результате легко может оказаться, что более осторожный, сведущий и т.д. должен будет отвечать за вред в гораздо большем объеме, чем человек опрометчивый, несведущий, менее развитый и т.д. Нельзя отрицать, что таким путем устанавливается своего рода выгода, обусловленная незнанием, и, напротив, создается неприятное положение для лица сведущего и опытного.

Таков взгляд **Binding'a**. Его теория включает в себе много правильного. Нельзя, как это делает господствующая теория, а также и теория **Bar'a**, придавать исключительное значение субъективному моменту вины. Но едва ли будет правильным отрицать за этим моментом в учении о нашем институте всякое значение, как этого хочет **Binding**.

§ 13. Теории Heysler'a и Strohal'я

Основной вопрос учения о нашем институте заключается не в том, что такое каузальная связь, но в том, **почему** в известных случаях каузальной связи придается юридическое значение, **почему** она в этих случаях налагает ответственность. Ответственность может иметь весьма различный характер. Для нас в данную минуту является важною та ответственность, которая наступает при обязательстве возмещения убытков. Обычный способ понимания такой ответственности состоит в том, что считают вполне достаточною для ее обоснования ту механическую каузальную связь, при которой главным фактором служит человеческое тело. Необходимо отметить со всею силою всю неправильность этой обычной точки зрения. Механическая каузальность сама по себе, т.е. без наличности других моментов, не способна обосновать применение иска об убытках. В этом отношении я не могу разделить взгляда, выраженного в теории **Binding'a**, который утверждает, что "голый" (т.е. механический) каузальный момент способен возложить ответственность на определенное лицо по поводу возмещения убытков <1>. К такому выводу **Binding** пришел вследствие того, что он не делает необходимого различия между причинением вреда, с одной стороны, и созданием противоречащего праву отношения - с другой. Этот взгляд опровергается, однако, следующими соображениями. Если бы это действительно было так, если бы на самом деле понятие причинения вреда **всегда** заключало в себе нарушение права в субъективном смысле, то явилась бы вовсе непонятною ответственность невменяемых лиц. **Binding**

говорит, что невменяемый дамнификант потому отвечает перед дамнификатом, что он "сравнительно менее невинен", чем дамнификат. Между тем мы знаем, что невменяемое лицо вовсе не может быть признано виновным, так что о "сравнительно меньшей невинности", очевидно, никоим образом нельзя и говорить. Следовательно, ответственность невменяемых лиц не может быть объяснена моментом вины и связанным с наличием этой последней нарушением права в субъективном смысле. Ошибка **Binding'a** в том и заключается, что он в каждом механическом причинении вреда видит нарушение права в субъективном смысле. Эта ошибка весьма естественна, так как он смотрит на каузальность исключительно с точки зрения **causa efficiens**, совершенно упуская из виду важное значение момента цели. Момент цели, как мы увидим ниже, прекрасно оправдывает ответственность невменяемых, а объяснение, даваемое **Binding'ом** страдает явною натяжкой.

<1> Binding, I. c., с. 472.

Heyssler <1> проводит мысль, что не одна разумная воля нормального человека может служить исходною точкою каузальной цепи, но также воля вообще, воля во всех стадиях, воля в каком угодно виде. "Was in die Innerlichkeit des Willens eingetreten, ist der blossen Fortsetzung (dem Durchgehen) des Causalnexus entnommen, der Bestimmung aus den unberechenbaren Tiefen der Innerlichkeit anheimgefallen. Vom Causalnexus der äusseren Natur ist der Wille immer frei; unfrei ist er nur in seinem innerlichen Mechanismus". **Heyssler** - крайний индетерминист. Он придает главное значение человеческой воле в деле обоснования ответственности по обязательству возмещения убытков. Эта теория заключает в себе, несомненно, долю истины. В самом деле, естественные силы природы не могут, как справедливо думает **Heyssler**, служить исходною точкою каузальной связи в юридическом смысле этого слова. С другой стороны, не подлежит ни малейшему сомнению, что воля нормального, здорового человека играет в этом отношении выдающуюся роль. Весь вопрос сосредотачивается на разрешении задачи, можно ли приписать подобное же значение воле больной, ненормальной. Другими словами, необходимо установить, насколько такая больная и ненормальная воля может быть поставлена рядом с естественными силами природы и насколько она приближается по своим юридическим последствиям к воле нормального человека. **Heyssler** решает эту проблему сплеча. Он говорит, что воля, хотя и нездоровая, все-таки остается волею и в качестве таковой способна служит началом каузальной цепи. Между тем такая аргументация не есть решение вопроса, заключающегося в том, не влияет ли болезнь (сумасшествие) на человеческую волю в том смысле, что она низводит ее на степень простой силы природы. Если поставить вопрос именно так, мы не найдем на него у **Heyssler'a** никакого ответа. Нельзя не согласиться с ним, что также у малолетнего воля существует, хотя и в скрытом, потенциальном виде, но это

обстоятельство не имеет ровно никакого значения для решения вопроса о том, может ли такая воля служить первым звеном в каузальной цепи, так как с **юридической** точки зрения изъявления воли малолетнего, насколько дело касается момента вины, являются ничтожными. Что же касается сумасшедших, то взгляд, что душевная болезнь вполне парализует жизнь воли и низводит ее на степень простой естественной силы, стоит в противоречии с новейшими научными исследованиями. Таким образом, в этом отношении теория **Heysler**'а находит себе некоторое подтверждение в данных современной медицинской науки.

<1> Heysler, Das Civilunrecht und seine Formen, 1870, с. 18 (сн. 10).

Почти одинаковую с **Heysler**'ом мотивировку ответственности за вред, причиненный невменяемыми лицами, находим мы у **Strohal**'я, хотя этот писатель исходит из детерминистической доктрины. По **Strohal**'ю, следует считать общим правилом, чтобы каждый гражданин отвечал за все то, что непосредственно связано с его индивидуальностью и является прямым результатом совершенных им действий. Каждый должен нести последствия своего легкомыслия, своей неопытности и т.д. Вот почему он должен также отвечать за вред, причиненный им другому, хотя бы это причинение вреда было вызвано его чисто индивидуальными свойствами, например душевную болезнь, малолетством и т.п. "Es ist ein Grundgesetz des menschlichen Daseins, dass Jeder das Individuum ist, das er ist; und eine Grundbedingung des menschlichen Zusammenlebens, dass Jeder für das einstehen muss, was Ausfluss seiner Individualität ist. Aus diesem Grunde lassen wir Jeden haften für seine Bosheit und für seinen Leichtsin, für seine Unerfahrenheit und für seinen Mangel an voraussicht. Warum soll es aber dann schlechthin unstatthaft sein, Jemanden auch für den Schaden haftbar zu machen, den er einem Anderen vermöge der sonstigen Anlage seiner Individualität zugefügt hat?" Между тем **Strohal** не думает придавать равное значение "виновному причинению вреда" ("die schuld bare Schadensstiftung") и "невиновному причинению вреда" ("die schuldlose Schadenszufügung"). Но относительно вопроса, в каком смысле оба этих вида причинения вреда должны подлежать различному обсуждению, **Strohal** не говорит ни полслова. Наш автор пришел к защищаемому им взгляду, опираясь на точку зрения так называемого внутреннего детерминизма. Вопрос состоит в том, может ли этот внутренний детерминизм быть выдержан в применении к невменяемым лицам. Я полагаю, что на этот вопрос должно ответить отрицательно, потому что разбираемая теория, подобно всем предыдущим, смотрит на каузальный момент исключительно со стороны **causa efficiens**. Между тем если не принимать в соображение момент вины, который у малолетних отсутствует, то с точки зрения **causa efficiens** каузальная связь не может быть объяснена. В самом деле, где найти критерий для решения вопроса, подчинено наступление какого-либо факта влиянию индивидуальности известного лица или нет, если, разумеется, исключить субъективный момент вины? Основная

мысль нашего автора, несомненно, представляется правильной: каждый должен нести ответственность за проявление своей индивидуальности. Мало того, я думаю даже, что другого основания для ответственности невозможно и подыскать. Однако это правило, несмотря на все его соответствие истине, не имеет практического значения, так как оно не дает ответа на главный вопрос. Этот главный вопрос заключается в следующем: когда можно признать существующим выражение индивидуальности какого-либо лица, другими словами, при каких условиях можно с достоверностью сказать, что известного рода факт вызван таким-то лицом? Этот вопрос разбираемая теория оставляет без ответа.

Мы рассмотрели две теории: одну - индетерминистическую (**Heysler'a**) и другую - детерминистическую (**Strohal'я**). Как в той, так и в другой имеется одна общая черта - это стремление связать деятельность с **определенным** лицом. Индетерминизм стремится разрешить эту задачу, утверждая, что деятельность определенного лица зависит от свободы выбора этого лица. Детерминизм идет дальше и ставит саму свободу выбора какого-либо лица в зависимость от тех или других явлений внешнего мира или внутренней жизни этого лица <1>. С точки зрения юриспруденции это различие не имеет существенного значения в разбираемом вопросе, так как и в том, и в другом случаях действие связывается с известным лицом, а это обстоятельство для юриста только и представляет важность.

<1> Merkel в: Zeitschr. für Strafrechtswiss., Bd. I, с. 566 сл.

§ 14. Критика теорий Binding'a, Heysler'a и Strohal'я

Теории Binding'a, **Heysler'a** и **Strohal'я** считают основанием обязательства возмещения убытков механическую, или "голую" каузальность. В этом обидная черта этих теорий. Момент вины отодвинут в них на задний план. Несомненно, что такая точка зрения, если ее последовательно провести, должна вызвать целый переворот в учении о нашем институте. Я не могу, однако, признать этот взгляд правильным. Прежде всего следует заметить, что он образовался под влиянием наблюдения некоторых отдельных случаев обязательства возмещения убытков, как, например, **damnum corpon corpori datum**, где каузальный момент - по крайней мере в первой стадии развития этого института - носил характер подобной механической каузальной связи. С правильной точки зрения существенным моментом следует считать принцип каузальной зависимости между вредною деятельностью, являющеюся результатом воли дамнификанта, и тем существенным убытком, который нанесен этою деятельностью дамнификату. Между тем разбираемые теории обращают внимание не на эту внутреннюю каузальную зависимость, но выдвигают вперед голый факт, а именно что А посягнул на вещь, принадлежащую **B**. **Binding** <1>, например, считает, что тот, кто хотя бы в помрачении ума приступил к разрушению чужих вещей, является "Urheber des Schadens".

Напротив, при более сложном положении дела, как, например, в случае ответственности хозяина за слуг или в случае ответственности промышленника за вред, причиненный на промышленном предприятии, по **Binding**'у, каузальной зависимости для хозяина или для промышленника не существует. Вся искусственность теории **Binding**'а выступает при этом в полной своей силе. Не признавая в указанных случаях наличия каузальной связи, но чувствуя в то же время необходимость возложить на этих лиц ответственность за причиненный убыток, наш автор создает новую категорию "условия ответственности" и этим подрывает в корне свою теорию. По **Binding**'у, например, "условие ответственности" будет иметь место в случае вреда, причиненного сумасшедшим, так как он считает причиной вреда в смысле **causa efficiens** каждое механическое движение человеческого тела. "Wer durch thätlichen **Eingriff** das Recht eines Andern (Leben, Gesundheit, Freiheit, Vermögen, Ehre) verletzt, - говорит последователь теории **Binding**'а **Pfizer** <2>, - hat dem Andern den durch die Verletzung gestifteten Schaden zu erstatten". **Binding** и **Pfizer**, как бы сознавая всю шаткость своей теории, дополняют в этом случае механическую каузальность требованием, чтобы была доказана наличие нарушения права в субъективном смысле, принадлежащего дамификату.

<1> Binding, I. c., c. 471.

<2> Pfizer в: Jahrb. f. d. Dogm., Bd. XXIX, c. 168.

Против признания принципа механической каузальной связи следует сделать еще такое возражение. Очень легко может случиться, что конкурируют **несколько** механических причин. Разбираемые теории не дают никакого критерия для выбора одной из них в качестве решающего дело момента (l. 203 D. 50, 17: "Quod quis culpa sua damnum sentit, non intelligitur damnum sentire"; l. 36, § 4 D. 9, 2: "Si cum alii in campo iacularentur, servus per eum locum transient, Aquilia cessat, quia non debuit per campum iaculatorium iter intempestive facere. Qui tamen data opera in eum iaculatus est, utique Aquilia tenetur"; l. 36 D. 4, 3: "Si duo dolo malo fecerint, invicem de dolo non agent"). Некоторые писатели считают <1>, что в тех случаях, которые приводятся в этих местах источников, каузальная связь прерывается. Другие писатели <2> оспаривают эту точку зрения и считают, что **cilpae compensatio** имела место на основании момента справедливости. Во всяком случае эти места важны для нас в настоящее время потому, что на основании их ясно можно вывести всю несостоятельность теории механической каузальности.

<1> Von Bar, Die Lehre v. Causalzusammenhange, c. 123.

<2> Wendt в: Jahr. f. d. Dogm., Bd. XXXI, c. 156.

Созданная **Binding**'ом в помощь этой теории категория "условие ответственности за вред" представляет большую опасность в смысле чрезвычайного расширения числа случаев возмещения убытков. В самом

деле, став на сторону **Binding'a**, мы весьма часто должны будем признать наличие ответственности нескольких лиц за один и тот же вред: один отвечает потому, что существует одно "условие ответственности за вред", другой - потому, что существует другое "условие ответственности за вред" и т.д.

По всем приведенным соображениям, нельзя не согласиться с Unger'ом <1>, выступающим со всею силою своего таланта против теории механической каузальности. Он отмечает, что эта теория стоит в резком противоречии с правосознанием. Что касается тех случаев **damnum sine culpa**, на которые так любят ссылаться ее приверженцы, то **Unger** дает им совершенно иное объяснение. Механическая каузальность, по мнению этого автора, уже потому не может служить основанием для ответственности по обязательству возмещения убытков, что она никогда с достаточною определенностью не указывает на личность дамнификанта.

<1> См.: Unger, *Handeln auf eigene Gefahr*, с. 131.

Печатается по: Кривцов А.С. *Общее учение об убытках*. Юрьев: Типография К. Маттисена, 1902. С. 1 - 72.

/"Вестник гражданского права", 2015, N 6/

§ 15. Два основных правила учения о возмещении убытков

С правильной точки зрения сущность рассматриваемого вопроса заключается в определении **характера**, который должна носить какая-либо деятельность для того, чтобы последняя могла служить основанием возмещения убытков. Характер деятельности определяется, в свою очередь, обстоятельствами, вызвавшими эту деятельность (*causa efficiens*), и целью, которую она преследует (*causa finalis*). Указать стимул деятельности и найти ее конечную цель - вот главная задача исследования вопроса о каузальности человеческой воли. Отсюда мы выведем следующие важные правила.

Первое правило: причина вреда для обоснования ответственности за этот вред должна быть сведена к акту воли, исходящему от дамнификанта. Только в подобном случае путем возложения ответственности на этого последнего можно удовлетворить чувство долга, нарушенное вышеозначенным актом воли: дамнификант нарушил чувство долга своим действием, а потому он и несет ответственность.

Второе правило: если деятельность почему-либо нельзя свести к акту воли дамнификанта, то следует для обоснования ответственности обратить внимание на **момент цели** <1> и постараться, сообразуясь с этим моментом, связать деятельность с тем лицом, в интересе которого она происходила, возложив на него ответственность за эту деятельность.

<1> См.: Sjögren, Formen des Unrechts und Thatbestände der Schadenstiftung в: Iherings Jahrb., Bd. XXXV, с. 407.

Правильность сделанной мною формулировки вытекает из следующих соображений. Человеческая деятельность может относиться к воле, ее вызвавшей, двояко: во-первых, деятельность выступает в качестве последствия, а воля - в качестве причины (*causa efficiens*); во-вторых, воля может являться воплощением цели (*causa finalis*), а деятельность - средством к достижению этой цели. Таким образом, одна и та же воля и одна и та же деятельность могут быть рассматриваемы с двух различных сторон. Если мы подвергнем анализу отдельные человеческие действия с этих двух точек зрения, то увидим, что обе указанные точки зрения **не покрывают друг друга**. Другими словами, очень легко может оказаться, что действие, с точки зрения *causa efficiens* не представляющее для исследователя никакого интереса, приобретает огромный интерес с точки зрения *causa finalis*. Точка зрения, преобладающая при оценке какой-либо деятельности, определяет вид этой деятельности, т.е. то, кому она должна быть приписана, **за чей счет** она происходит. Аналогичный случай раздвоения основной точки зрения, с которой может быть рассматриваема какая-либо деятельность, имеет место при различении двух основных типов деликта: правонарушений гражданского и уголовного. То же самое явление мы встречаем при институте обязательства возмещения убытков, занимающем среднее место между институтами гражданского и уголовного правонарушений. Деятельность, вызывающая возникновение обязательства возмещения убытков, а равно деятельность, подходящая под понятие гражданского или уголовного деликтов, являются составными частями одного целого. Этим целым должно служить общее понятие **деятельности, которая вызывает для предпринявшего ее лица установление юридической ответственности**. В современной доктрине мы не встречаем такой более общей категории. Это обстоятельство представляет, конечно, большой недочет в систематическом отношении, так как таким путем приобретают самостоятельное значение касательно целого моменты, которые должны были бы являться только отдельными составными частями этого целого. Однако отсюда еще вовсе нельзя сделать вывода, что единство между этими составными частями должно быть найдено во что бы то ни стало, и притом искусственным путем. Это значило бы ломать в угоду систематике уже сложившиеся в гражданском обороте институты, которые притом отлились в определенную и вполне законченную форму. В этом отношении и грешит теория, которая требует **непременно** наличности *culpa* для обоснования ответственности при обязательстве возмещения убытков. Это делается с тем, чтобы во что бы то ни стало сохранить единство в систематическом отношении между нашим институтом, с одной стороны, и институтами гражданского и уголовного правонарушений - с другой. Правда, момент вины при обязательстве возмещения убытков в большинстве случаев действительно имеет место, но строить на счет существования этого момента

презумпцию или фикцию в тех случаях, когда его найти невозможно, представляется совершенно неосновательным. Указанная ошибка может быть весьма легко устранена, если принять предложенное мною деление случаев обязательства возмещения убытков на две группы. Для первой группы случаев, когда каузальный момент выступает в качестве *causa efficiens*, доказательное значение имеет момент вины. Предметом доказательства служит наличность каузальной связи между действием дамнификанта и вредным результатом. При второй группе случаев, когда каузальный момент выступает в качестве *causa finalis*, доказательное значение должно быть придано моменту цели, к которой стремится деятельность, так как эта цель соединяет деятельность именно с определенным лицом, в интересе которого последняя происходит. В литературе предмета в качестве нормальной группы рассматривалась только первая из них. Что же касается второй, то на нее смотрели как на исключение, называя относящиеся сюда случаи обязательством возмещения убытков по "другим", по "объективным" причинам или же подводя их под рубрику "*obligationes ex variis causarum figuris*". Между тем я с особенною силою старался отметить, что в основании обеих групп лежит **единый** общий принцип - **каузальный момент**, который связывает вредную деятельность именно с определенным лицом, возлагая на него всю ответственность за эту деятельность. Перейдем к детальному рассмотрению случаев той и другой группы.

§ 16. Значение момента вины

Отношение момента вины к обязательству возмещения убытков может быть охарактеризовано следующим образом. Момент вины не служит необходимым условием для действительности обязательства возмещения убытков, но является только средством доказательства в пользу существования последнего. Другими словами, момент вины является, как говорит Sjögren <1>, только симптомом причинения вреда, и значение его **симптоматическое**. Это вытекает из того, что между виною, с одной стороны, и между юридическими последствиями причинения вреда - с другой, не существует отношения, имеющего место между юридическим фактом и юридическими последствиями. Иное дело - деликты. В этом случае вина действительно приобретает значение юридического факта. Это видно из того, что размер ответственности при деликте сообразуется со степенью вины правонарушителя, совершившего этот деликт. Между тем степень вины при обязательстве возмещения убытков в расчет не принимается, а размер вознаграждения определяется степенью причиненного вреда. Отсюда само собою вытекает, что момент вины для наступления юридических последствий при обязательстве возмещения убытков не имеет значения юридического факта, не является настоящею причиною ответственности. **Момент вины служит только средством доказательства такой каузальности**, имеет симптоматическое значение. В литературе предмета

была допущена крупная ошибка, затемнившая весь вопрос. Эта ошибка заключалась в том, что совершенно упустили из внимания отсутствие отношения юридического факта и юридических последствий между моментом вины и ответственностью при обязательстве возмещения убытков.

<1> L. с., с. 412 (сн. 45).

Между тем неправильность понимания интересующего нас вопроса, видящего в моменте вины необходимое условие для существования обязательства возмещения убытков, совершенно игнорируя указанный мною выше момент каузальности воли, вызвала немало протестов <1>. Эти протесты могут быть сведены к двум группам: одни писатели объявляют обязательство возмещения убытков совершенно независимым от момента вины; другие, наоборот, требуют, чтобы ответственность соразмерялась со степенью вины.

<1> В качестве примера, взятого из старой литературы, см.: Нерр, *Zurechnung*, с. 110; Ihering, *Schuldmoment*, с. 51. В области новой литературы укажу на Биндинга (*Binding*, I. с., с. 418) и Матайу (*Mataja*, *Das Recht des Schadenersatzes*, с. 32).

§ 17. Теория Ihering'a

На первый путь вступил Binding. Против этого взгляда можно возразить, что он совершенно оставляет без внимания положение вопроса в действующем праве. Нельзя с ним согласиться также *de lege ferenda*. Binding предлагает заменить момент вины принципом механической связи, но мы видели уже всю произвольность и непрактичность подобной точки зрения. Другой путь избрал Ihering. Этот писатель требует полного соответствия размера возмещения убытков степени вины правонарушителя. Взгляд Ihering'a, несомненно, более последователен, чем господствующая точка зрения. В самом деле, если признать, как это делают сторонники господствующего мнения, равное значение вины и юридического факта по отношению к юридическим последствиям причинения вреда, то вполне непонятно, как можно отрицать необходимость соразмерять со степенью вины объем наступающей при этом ответственности. Однако следует заметить, что попытка, сделанная с целью внести в этом отношении поправку в господствующую теорию, не увенчалась успехом.

Ihering указывает в защиту своего взгляда на 1. 43 i. f. D. 19, 1: "*De sumptibus vero, quos in erudiendum hominem emptor fecit, videndum est: nam empti iudicium ad eam quoque speciem sufficere existimo: non enim pretium continet tantum, sed omne quod interest emptoris servum non evinci. Plane si in tantum pretium excedisse proponas, ut non sit cogitatum a venditore de tanta summa (veluti si ponas agitatore postea factum vel pantomimum evictum esse eum, qui minimo veniit pretio), iniquum videtur in magnam quantitatem obligari*

venditorem". Однако этот фрагмент вовсе не служит доказательством, так как здесь дело идет об эвикции, а при эвикции вовсе не требуется непременно момент вины со стороны продавца. Равным образом ничего не доказывают по вопросу о соотношении размера возмещаемого убытка со степенью вины и другие приводимые Ihering'ом места источников (l. 13, § 1 D. 8, 2 и l. 40 pr. D. 39, 2).

Справедливость требует заметить, что защищаемая мною точка зрения независимости обязательства возмещения убытков от степени субъективной виновности лица, несущего ответственность, далеко не пользуется общим признанием в обширной литературе нашего предмета, а равно и в законодательстве. В этом отношении достаточно указать на Прусское земское уложение 1794 г. Оно содержит прямое признание влияния вида и степени субъективной виновности на определение размера убытков <1>. Аналогичные правила мы находим в Австрийском общем гражданском уложении 1811 г. <2>. Равным образом и в ст. 51 швейцарского "Bundesgesetz über das Obligationenrecht" значителен следующее: "Art und Grösse des Schadensersatzes wird durch richterliches Ermessen bestimmt in Würdigung sowohl der Umstände, als **der Grösse der Verschuldung**".

<1> Theil I, Tit. 5, § 285 сл.; Tit. 6, § 10 - 16.

<2> Параграфы 1331, 1332.

Ihering в своем известном исследовании под заглавием "Das Schuldmoment im römischen Privatrechte" <1> старается доказать, что римские юристы держались принципа, что вина и возмещение убытков составляют два очень тесно связанных друг с другом понятия. Binding <2> очень удачно опроверг правильность выводов Ihering'a. На той же точке зрения, что и Ihering, стоит отчасти также и Hepp <3>. Защищая широкое признание, которым пользовался среди римских юристов момент вины в случаях применения нашего института, Hepp, впрочем, в то же время совершенно правильно замечает, что, кроме двух приводимых им исключений, степень вины не оказывает никакого влияния на размер возмещаемых убытков. Того же взгляда придерживается и Cohnfeldt <4>. Он говорит по этому поводу следующее: "Die Unterscheidung nach den Graden des Verschuldens aber ist nicht quellenmässig, und beruht überdies auf einer falsch verstandenen Gerechtigkeit".

<1> В его "Vermischte Schriften" (с. 215 сл.).

<2> Normen, Bd. I, с. 449 (сн. 35).

<3> Die Zurechnung auf dem Gebiete des Civilrechts, с. 110 сл.

<4> Die Lehre vom Interesse nach römischem Recht, с. 19; см. также: Dernburg, Preuss. Privatrecht, Bd. II, с. 848 сл.

Bürgerliches Gesetzbuch 1896 г. приняло правильную точку зрения по

занимающему нас в данное время вопросу, вполне основательно воздерживаясь соразмерять объем убытков со степенью субъективной виновности. В "Мотивах" (Bd. II, S. 17) мы читаем следующее: "Die Hereinziehung moralisirender oder strafrechtlicher Gesichtspuncte, woraufjene Abstufung beruht, muss bei der Bestimmung der civilrechtlichen Folgen unerlaubten widerrechtlichen Verhaltens durchaus fern gehalten werden".

§ 18. Thon, Mataja и Lehmann

Нельзя отрицать того, что точка зрения Ihering'a о введении в действующее право этой отрицаемой Германским гражданским уложением 1896 г. пропорциональности между виной и возмещением убытков нашла себе немало сторонников между новыми писателями. Первое место следует отвести в этом отношении Thon'у <1>, который говорит следующее: "...bei der Frage, ob sie [die Rechtsordnung] die Entschädigung karg und spärlich oder mit vollerer Hand oder reich und verschwenderisch abmessen soll, wird sich auch hier die Rechtsordnung durch die geringere oder grössere Schuld des Verpflichteten bestimmen lassen. Sie wird ein Gleichgewicht herzustellen suchen zwischen Schuld und Schadensersatz".

<1> Rechtsnorm, с. 64.

То же самое защищает также Mataja <1>. Он считает несправедливым, что различные виды и степени субъективной виновности не принимаются в расчет при определении объема возмещения убытков и что одно и то же действие, которое в одинаковой мере может быть поставлено в вину предпринявшему его лицу, или не сопровождается вовсе никакими юридическими последствиями, или сопровождается незначительными, или же весьма большими последствиями. Чтобы охарактеризовать современное положение интересующего нас вопроса, Mataja приводит пример неосторожного обращения нескольких лиц с огнем. Субъективный момент здесь может оставаться для всех этих лиц совершенно одинаковым, а ответственность их будет весьма различною в зависимости от различия в размере причиненного неосторожным обращением с огнем убытка. Отмечу еще Lehmann'a <2>. Этот автор прямо вводит уголовный элемент в общее учение об убытках. Он говорит, например, следующее: "Nur wenn Letzteres [допущение влияния момента вины на размер возмещаемых убытков] der Fall ist, wird der Schadensersatz im Stande sein, die ihm in der modernen Zeit immer mehr zufallende Mission zu erfüllen - **nämlich pro publica utilitate als disciplinelles Element im Rechte mit zu arbeiten und auch einigermaßen in die Satisfactionsfunction der untergegangenen und kaum wieder zu belebenden pönalen Rechtsmittel einzutreten**".

<1> Das Recht des Schadensersatzes, с. 32 сл.

<2> Die Schutzlosigkeit der immateriellen Lebensgüter beim Schadensersatz, с. 32 сл.

Я убежден в том, что подобного рода взгляд может привести к совершенному исчезновению правильного понимания обязательства возмещения убытков. Решающее значение при определении размера убытков имеет только один момент, а именно сам причиненный убыток. При этом на первом плане следует обращать внимание на интерес невинно потерпевшего лица. Насколько возможно, должно быть восстановлено фактическое положение вещей, которое нарушено вредным действием. Хотя бы вина лица, причинившего вред, была небольшая, но, если вред принял большие размеры, ответственность за убыток должна являться также значительной. В старом Уложении западной Галиции эта мысль выражена довольно ясно <1>. Там прямо проводится неоспоримый принцип, что "справедливость требует, чтобы тот, кто хотя немного, но был виновен в совершении вредного действия и нес последствия этой вины, а не тот, кто потерпел убыток без всякой вины со своей стороны, а по вине другого лица". Напротив, величайшая мера виновности не может вызвать значительного возмещения убытков, если вред был небольшим. На самом деле установление зависимости между виною и размером возмещаемого убытка представляет собой произвольное введение пропорции между двумя величинами, которые являются вполне несоизмеримыми.

<1> См.: Mataja, Das Recht des Schadensersatzes, с. 346.

При этом, однако, мы должны сделать важное добавление. Я все время предполагал, что убыток, подлежащий возмещению, причинен всецело лицом, несущим ответственность за этот убыток. Но может существовать и такое стечение обстоятельств, когда возникновение вреда вызвано отчасти деятельностью самого потерпевшего лица, а также когда наступлению убытка содействовал целый ряд других причин, стоящий совершенно вне сферы влияния лица, на которое падает ответственность. При таком положении дела справедливость требует, чтобы эта ответственность была по своим размерам меньшею, чем в случаях предыдущей категории. Необходимо, чтобы убыток был **распределен** между всеми причастными к нему лицами. Другими словами, его должен нести не только тот, кто внешним образом является его виновником, но также и потерпевший. Об этом **распределении** убытка между несколькими лицами, зависящем от конкретных обстоятельств каждого отдельного случая, я буду говорить в другом месте настоящего исследования. Но здесь замечу только, что такое распределение вовсе не имеет ничего общего с установлением пропорции между виною и возмещением убытков. Распределение убытка имеет своею причиною то обстоятельство, что он вызван действием других сил, а не исключительно лицом, несущим ответственность. Факторы, влияющие на возникновение убытка, не могут и не должны быть отождествляемы с

"виною". "Причина" и "вина" - две вещи разные. Вот почему, если, определяя объем убытка, мы обращаем внимание на его причину, это еще не значит, что мы намерены соразмерять возмещение убытка со степенью вины лица, вызвавшего убыток. Вся путаница в этом пункте учения о нашем институте зависит от смешения понятий "причины" и "вины". Steinbach справедливо замечает по этому поводу <1>. "Dieser Gedanke [он имеет в виду влияние момента вины на возмещение убытков] scheint mir aber wenigstens nach einer Richtung nicht dem individualistischen Schadensersatzrechte anzugehören. Es scheint vielmehr hier neben dem Bestreben, Verschulden und Schadensersatzverpflichtung in ein angemessenes Verhältniss zu bringen, auch die Erwägung mitzuwirken, dass, je geringer das subjective Verschulden wird, desto grosser der Antheil ist, welcher an dem eingetretenen Schaden objectiven Momenten zuzuschreiben ist, die der Schuldtragende nicht zu verantworten hat, und dass es daher der Billigkeit entspricht, demjenigen, den nur ein geringes Verschulden trifft, auch nicht den Ersatz des ganzen Schadens aufzuerlegen".

<1> Die Grundsätze über den Ersatz, с. 75.

Не в одной теории, но также и в некоторых законодательствах проглядывает вполне правильная мысль, что главное значение в вопросе об убытках должно быть придаваемо не моменту вины, а каузальности воли и что следует обращать равное внимание на обстоятельства, касающиеся как виновника вреда, так и лица, потерпевшего вред. Для примера укажу на различие, делаемое Прусским земским уложением между посредственным и непосредственным убытками <1>. Другим примером может служить бельгийское право. Относительно точки зрения, принятой в этом последнем, Haus <2> говорит следующее: "L'estimation des dommages-intérêts doit être équitable et modérée. Le juge ne doit pas prendre pour base de cette évaluation la somptuosité du propriétaire. D'un autre côté, il doit avoir égard, dans la fixation des indemnités, aux facultés du coupable qu'il s'agit de condamner (in quantum facere potest). La réparation ne peut pas toujours être adjugée dans la juste proportion du dommage. L'intérêt de L'offense, quelque légitime qu'il puisse être, se trouve balancé par une raison d'équité, qui ne permet pas de réduire ce coupable à l'impuissance d'exister".

<1> Theil I, Tit. 6, § 2, 3.

<2> Principes généraux du droit pénal belge, t. II, n° 1064.

§ 19. Момент вины в законодательстве

Тенденция поставить размер возмещения убытков в зависимость от степени вины встречается в тех кодификациях, которые сложились под влиянием доктрины естественного права, например Pr. A. L. R (I, § 10 - 15, 85 - 87).

Комментарий Koch'a <1> называет эти правила "für die Wirklichkeit wenig brauchbar". Такого же мнения придерживается и Dernburg <2>. В Австрийском гражданском уложении та же тенденция выражена в § 1324: "In dem Falle eines aus böser Absicht oder aus einer auffallenden Sorglosigkeit verursachten Schadens ist der Beschädigte volle Genugthuung, in den übrigen Fällen aber nur die eigentliche Schadloshaltung zu fordern berechtigt. Hiernach ist in den Fällen, wo im Gesetz der allgemeine Ausdruck: Ersatz vorkommt, zu beurtheilen, welche Art des Ersatzes zu leisten sei" (ср. также § 1331 и 1332). По поводу этих параграфов закона австрийские юристы высказываются более или менее отрицательно (см., например, Pfaff <3>, Randa <4>, Strohal <5>, Unger <6>). Что касается Code civil, то, хотя этот вопрос здесь обходится молчанием, комментаторы этого Кодекса защищают принцип сообразования размера вознаграждения за причиненный убыток со степенью вины дамнификанта <7>. Большинство французских писателей придерживается, однако, как раз противоположной точки зрения <8>. Schweiz. Obl.-R. (Art. 51) гласит по этому поводу следующее: "Art und Grösse des Schadensersatzes wird durch richterliches Ermessen bestimmt in Würdigung sowohl der Umstände, als der Grösse des Verschuldens". Швейцарские юристы резко критикуют этот закон <9>.

<1> Band 4, I, с. 293 (n. 1).

<2> Pr. Privatrecht, Bd. I, с. 277.

<3> Drei Gutachten, с. 89 сл.; Grünhut's Zeitschrift, Bd. VIII, с. 619 сл.

<4> Drei Gutachten, с. 130 сл.

<5> Drei Gutachten, с. 160 сл.

<6> Grünhut's Zeitschrift, Bd. VIII, с. 209 сл.

<7> См., например: Dalloz, Art. 1382, Sect. 2, § 6, n° 347 ("...le plus ou moins de gravité de la faute doit entrer dans les éléments de la fixation plus ou moins élevée de l'indemnité. Aussi lorsqu'un accident n'est que le résultat d'une imprudence légère, qui se rapproche beaucoup du cas fortuit, les juges peuvent fixer les dommages-intérêts une somme modique").

<8> См., например: Saintelette, De la responsabilité et de la garantie, с. 239.

<9> См., например: Stoos в: Verh. d. Schweiz. Juristen-Vereins, 1886, с. 63 сл.

Кроме Ihering'a в немецкой юридической литературе разбираемый взгляд на необходимость означенного сообразования размера возмещения убытков со степенью вины разделяется Gierke <1>, Hartmann'ом <2> и Degenkolb'ом <3>.

<1> Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht, с. 266.

<2> Arch. f. d. civil. Praxis, Bd. 72, с. 359.

<3> L. с., с. 78 сл.

В дополнение к этим указаниям на положение нашего вопроса в литературе предмета следует еще отметить, что в последнее время замечается стремление предоставить суду решение задачи относительно соразмерения вознаграждения за вред со степенью вины <1>. Абсолютно точное определение размера убытков представляется делом, строго говоря, невозможным. Вот почему необходимо довольствоваться определением более или менее вероятного убытка <2>. Это определение предоставляется свободному усмотрению судьи. С правильностью и практичностью такой точки зрения нельзя не согласиться, но только отсюда еще вовсе не вытекает, что судья при решении вопроса о размере следуемого за вред вознаграждения должен необходимо считаться именно со степенью вины дамнификанта.

<1> См.: С. Р. О., § 260.

<2> См.: Dernburg, Pr. Privatrecht, Bd. I, с. 277; Unger, I. с., с. 212.

§ 20. Система "частных штрафов"

Тенденция соотносить со степенью вины размер вознаграждения при обязательстве возмещения убытков обнаружилась в литературе предмета сначала в интересе дамнификанта. Однако с течением времени стали в этом отношении принимать во внимание также интерес дамнификата, а именно этот последний при наличии тяжелой степени виновности правонарушителя получал вознаграждение в размере, большем причиненного вреда. Горячим сторонником подобного рода гражданско-правовых штрафов являлся Ihering. Он стоял за принятие этого института в гражданское законодательство. Начало в этом отношении уже положено законодательством уголовным. Я разумею известный Германскому уголовному уложению и уже упомянутый мною раньше институт "Busse". Едва ли, однако, система "частных штрафов" получит когда-либо практическое значение. В настоящее время можно заметить как раз противоположную тенденцию законодательной политики, а именно забрать область деликтов совершенно в руки государства, чтобы реагировать против них исключительно по публично-правовым принципам. Очевидно, что эта тенденция положит предел распространению именно "частных штрафов". Но если даже и предположить, что эти частные штрафы проложат себе дорогу в законодательство, то едва ли это обстоятельство может оказать существенное влияние на институт возмещения убытков. Целью частного штрафа является не столько удовлетворение потерпевшего, сколько наказание правонарушителя. Отсюда следует, что оба института могут существовать наряду друг с другом. Это делается еще более ясным, если принять во внимание, что сам размер частного штрафа, по идее института, вовсе не должен обязательно соразмеряться с объемом нанесенного вреда. Он может

быть меньше этого последнего, но может также в значительной мере его превышать. Только в одном случае институт частного штрафа мог бы вытеснить институт возмещения убытков, сделав его излишним, а именно только в том случае, если бы частный штраф применялся не с целью наказания дамнификанта, а в интересе дамнификата. При таком положении дела частный штраф, очевидно, являлся бы суррогатом обязательства возмещения убытков. Однако в действительности это не имеет места, и частный штраф именно никогда не преследует цели возмещения убытков.

Таким образом, точка зрения Ihering'a не может быть оправдана существованием института частных штрафов, как не имеющего ничего общего с обязательством возмещения убытков. Ihering'у не удалось доказать, что степень вины влияет на определение размера последних. Мало того, его теория плохо мирится с теми многочисленными случаями, когда момент вины вовсе отсутствует, а между тем обязательство возмещения убытков, несмотря на это, существует.

§ 21. Момент вины в Риме и в современном праве

Эти случаи заставляют разделить все интересующие нас явления на две категории: к первой категории я отнесу случаи, когда момент вины вовсе отсутствует на стороне лица, несущего ответственность за причиненный вред; ко второй отойдут те случаи, когда такой момент вины является наличным. Он имеет здесь, как я сказал выше, только симптоматическое значение. В действующем положительном праве момент вины является, собственно говоря, не юридическим фактом, вызывающим в качестве юридического последствия обязательство возмещения убытков, но только средством доказательства, или, выражаясь точнее, одним из средств доказательства в пользу существования такого юридического факта. Таким образом, момент вины не может оказать никакого влияния на определение **содержания юридических последствий** обязательства возмещения убытков. С другой стороны, отбрасывать момент вины вовсе в сторону, как не имеющий ровно никакого значения, совершенно неправильно, потому что таким путем мы лишились бы средства доказательства, могущего иногда иметь очень ценное значение.

Сделанное мною объяснение роли, которую момент вины призван играть в области учения об обязательстве возмещения убытков, мы встречаем отчасти у Thon'a <1>. По Thon'у, основанием обязательства возмещения убытков является не момент вины, но обстоятельство, что нарушен какой-либо интерес. Однако момент вины по этой теории все-таки необходим и составляет *condicio sine qua non* для наступления ответственности, так как путем момента вины устраняется с дороги то препятствие для ответственности, которое представлял интерес дамнификанта. С подобною аргументацией, конечно, нельзя согласиться, но в основании ее лежит вполне правильная точка зрения, что **сам по себе** момент вины еще не может являться основанием для возмещения убытков. Уклонение Thon'a в сторону

может быть объяснено его общеою теориею права и не имеет существенного значения в разбираемом вопросе.

<1> L. с., с. 65.

В пользу чисто доказательного значения момента вины в интересующем нас вопросе говорит еще следующее соображение. При обязательстве возмещения убытков вина не разбита на **виды**, как это имеет место при **деликтах**. Это опять-таки потому, что вина при вознаграждении за ущерб не является юридическим фактом. Иначе обстояло дело, как известно, в римском праве. Разница между римским и современным правом заключается в этом отношении в противоположности принципиальных точек зрения. В римском праве момент вины носил строго индивидуальный характер, а в современном праве моменту вины отводят более общий характер. В современном праве момент вины с таким строго индивидуальным характером, как в Риме, выступает только при деликтах. Между тем обязательство возмещения убытков вовсе не носит деликтного характера, а потому, естественно, момент вины играет в этом случае второстепенную, чисто доказательную роль.

§ 22. Обязательство возмещения убытков и гражданское правонарушение

Обязательство возмещения убытков уже потому не может иметь момента вины своим конститутивным элементом, что оно должно быть строго отличаемо, с одной стороны, от гражданского правонарушения, а с другой стороны, от правонарушения уголовного. Мы определяем гражданский деликт как причинение вреда, заключающегося в создании положения, противоречащего праву в субъективном смысле. О вреде в техническом смысле - в том смысле, в котором употребляется это слово при обязательстве возмещения убытков, - здесь, очевидно, не может быть и речи. Последствием гражданского правонарушения является **реституция**, т.е. принудительное восстановление нарушенного права в субъективном смысле, а последствием вредоносной деятельности, выступающей в роли юридического факта для обязательства возмещения убытков, является денежное **вознаграждение** за причиненный вред. Очевидно, что только в первом случае, т.е. в случае нарушения права в субъективном смысле, может быть серьезная речь о моменте вины, тогда как во втором случае, т.е. при вознаграждении за причиненный вред, центр тяжести лежит именно в **причинении** вреда, т.е. в каузальной связи, а момент вины отходит на задний план. Тот же самый вывод напрашивается уже сам собою при сравнении обязательства возмещения убытков с правонарушением уголовным.

Отношение между обязательством возмещения убытков и между гражданским правонарушением может быть охарактеризовано следующим образом. Наличие последнего **может** служить доказательством в пользу

существования первого, являясь с этой точки зрения внешним критерием, который в то же время **может** дать ценное указание по поводу определения размера причиненного вреда. Точно такое же отношение существует между обязательством возмещения убытков и правонарушением уголовным. Уголовный деликт, если он заключается в действии, приносящем другому лицу имущественный вред, тем самым дает последнему право требовать возмещения этого вреда. Понятно, что такое положение дела будет иметь место далеко **не при каждом** уголовном правонарушении, но одно и то же действие **может** иметь юридические последствия двоякого рода: уголовную репрессию и возмещение убытков. Таким образом, наличие уголовного правонарушения носит по интересующему нас вопросу исключительно **доказательный** характер.

§ 23. "Средний человек"

Отсюда делается вполне ясным различие между значением момента вины при нашем институте и при уголовных правонарушениях. Тогда как при этих последних мы встречаем целый ряд отдельных, строго разграниченных и резко обозначенных видов вины, при обязательстве возмещения убытков момент вины при такой комбинации, когда он призван играть здесь известную роль, выступает в **самой общей форме** и не является во всех могущих иметь место случаях запрещенным законом действием, хотя и может носить такой характер. При обязательстве возмещения убытков момент вины по общему правилу отличается самым **неопределенным** характером. Дело идет здесь в большинстве случаев о нарушении общей юридической обязанности бережно относиться к интересам другого лица, о нарушении "чувства долга".

Общего масштаба для определения важной в этом отношении степени виновности, для выяснения вопроса, когда же "чувство долга" может считаться нарушенным, - такого масштаба не существует. В римском праве с этой целью было выставлено понятие "bonus paterfamilias" <1>. Следует отметить, что с этой точки зрения не могут быть созданы какие-либо прочные правила, постоянные для всех времен и для всех народов. Подобного рода правила должны приспособляться к изменяющимся культурным условиям. Представления, связанные в нашем уме с римским bonus paterfamilias, а равно и решения юристов, находящиеся в источниках и трактующие о различных случаях наличия или отсутствия culpa при возникновении обязательства возмещения убытков, не могут иметь общего значения: эти решения приурочены к условиям жизни, которые были продуктом исключительно римской культуры, и не подлежит сомнению, что в действующем в настоящее время праве сообразно с изменившимися условиями жизни сам масштаб для определения нарушенного "чувства долга" является уже не тем. Понятие вины получило ныне при обязательстве возмещения убытков значительное распространение. В современном праве считается, например, нарушением чувства долга вредная деятельность,

которая заключается в отсутствии совершения тех или других положительных мероприятий в чужом интересе, тогда как в римском праве в этом случае не наступало вовсе никакой ответственности. Современный "средний человек" далеко ушел в этом отношении от римского *bonus paterfamilias*. *Bonus paterfamilias* на первый план ставит заботу о себе и о своих семейных, совершенно не думая о благополучии тех посторонних лиц, с которыми он соприкасается <2>. С древнеримской точки зрения *familia* была строго замкнутым в самом себе кругом лиц, и эта точка зрения оказала свою долю влияния также на позднейшее римское право, а последнее, в свою очередь, нашло себе отголосок и в современном праве, успевшем, однако, уже расстаться с этою узкою точкою зрения. Современное право не должно оставаться при таком "этическом минимуме" (Jellinek), каковым являются требования римского права по отношению к *bonus paterfamilias*, но должно выйти из этих тесных границ, чтобы быть на высоте современных культурных условий. Вот почему понятие "*bonus paterfamilias*" должно быть заменено понятием "среднего человека". Этот "средний человек" должен обнаруживать в своей деятельности известный *plus* по сравнению с "этическим минимумом" римского права. Он является полезным членом общества, т.е. таким членом, который делает то, что нужно делать на **его месте**. Римским взглядам была совершенно чужда мысль, что благоденствие целого достигается не только путем прямого участия отдельных лиц в государственной жизни, но и путем осуществления интересов частных в области гражданско-правовых отношений. Напротив, частный интерес всегда противопоставлялся интересу общественному (Ульпиан). Римляне вообще считали, что частная деятельность едва ли может принести пользу целому. Этим, между прочим, может быть объяснено их презрение к приобретательной деятельности, к физическому труду и т.п. Совершенно иначе обстоит дело в современном праве. Индивидуум, по современным юридическим понятиям, вовсе не находится в принципиально отрицательном отношении к обществу. Современное право исходит из принципа, что правильно понятый частный интерес вполне гармонирует с интересом общественным. Правда, в современном праве также проводится граница между публично-правовою и частноправовою сферами деятельности какого-либо лица, но современное право признает всю относительность этого различия, стремясь представить как ту, так и другую сферу различными сторонами одной и той же деятельности, преследующей единую цель общего блага, вполне солидарного с благом отдельных индивидуумов.

<1> См.: Pfaff в: *Grünhut's Zeitschrift*, Bd. VIII, с. 724.

<2> См. характерную в этом отношении I. 36 D. 50, 17: "*Culpa est immiscere se rei ad se non pertinenti*".

Unger <1> замечает, что защищаемое Menger'ом <2> понятие "среднего человека" ("*wackerer Mensch*") включает в себе смешение правил морали и права и что такое смешение неизбежно должно повлечь за собою

вмешательство в область личной свободы и частной жизни. На это можно возразить, что, оставляя в стороне правила, которые вылились в точно обозначенную форму технически строго выработанных институтов, область норм, лежащих на границе между сферами права и морали, представляется весьма обширной и что сама граница между обеими этими сферами должна быть признана очень неопределенною. Вот почему возражение Unger'a вовсе не подрывает взгляда Menger'a. Кроме того, Unger опирается на тот совершенно неправильный принцип, что цель гражданского права состоит в предоставлении индивидууму в известной области юридического господства **полнейшей** свободы действий, которою он может даже злоупотреблять. Такое воззрение Unger'a есть запоздалый отголосок римского понятия "familia", с одной стороны, а с другой стороны, доктрины естественного права, основанной в этом вопросе всецело на римских началах. Эта доктрина совершенно не подходит для современного общества и для современного праворазвития. Отношение между обществом и индивидуумом, по духу этого праворазвития, должно быть изображаемо положительным, а не отрицательным образом. Признавая всю правильность означенного взгляда Menger'a, я вовсе не хочу, однако, этим сказать, что следует в то же время признать подходящую меру нормальных требований, предъявляемых этим автором к "среднему человеку". Напротив, я считаю, что они являются слишком слабыми. Современное общество вовсе не должно, как того хочет непременно Menger, ограничиваться по отношению к индивидууму требованием, чтобы он не вмешивался в чуждую ему юридическую сферу интересов, но должно также требовать, чтобы частное лицо, выступая в гражданском обороте, не забывало всецело также интересы общественного и не ограничивалось исключительно интересом частным.

<1> L. с., с. 132 (сн. 13).

<2> Menger, Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen, с. 133.

Чтобы привести полное доказательство изменения по интересующему нас вопросу во взгляде современного права по сравнению с правом римским, следовало бы сделать подробное описание большинства разнообразных явлений современной культурной жизни, но это, конечно, сильно отклонило бы нас в сторону от нашей непосредственной задачи. В наших целях достаточно подчеркнуть, что мерило, которым определяется понятие "среднего человека", в различные времена бывает различным. Несомненным является лишь обстоятельство, что с течением времени и по мере развития общества требования, предъявляемые к "среднему человеку", значительно повышаются. Вместе с таким повышением этих требований, очевидно, умножаются и случаи их нарушения, а в то же время расширяется понятие вины в том общем смысле, в котором, как мы видели, это понятие находит себе применение при обязательстве возмещения убытков. Естественно, что наряду с этим все более глубокою становится пропасть, отделяющая наш институт от области уголовных правонарушений, так как при них в

совершенную противоположность с тем случаем, который имеет место при обязательстве возмещения убытков, момент вины выступает с резким и строго очерченным характером. Тип "среднего человека" представляет обидную мерку рассудительности и осторожности, требуемых для освобождения действующего лица от ответственности. По этой общей мерке и решался вопрос о наличии или отсутствии вины в целом ряде отдельных случаев. Та же самая тенденция - создать тип "среднего человека" - заметна и в современной литературе предмета. Обращу внимание для примера на Bruns'a <1> и Sohm'a <2>. Эта тенденция встречается и в положительном законодательстве, например в *Handelsgesetzbuch* <3>. При этом делают крупную ошибку, совершенно забывая, что вина по своей природе должна быть индивидуальной и конкретной, а не общей и абстрактной. Едва ли можно допустить обсуждение вины индивидуального лица, или, выражаясь точнее, его способности предвидеть последствия своего действия, по масштабу "среднего человека", существующего только в воображении, независимо от того, применять ли здесь термин "bonus paterfamilias" или какой-либо иной однозначный термин. Суть дела заключается просто в том, что в области гражданского права "вина" не может выступать чем-либо иным в сравнении со значением, придаваемым этому понятию в области права уголовного. Правильную точку зрения на этот вопрос мы встречаем только у Liszt'a <4>.

<1> Holzendorff's Encyclopädie, с. 392.

<2> Sohm, *Institutionen des Römischen Rechts*, с. 269.

<3> Параграфы 84, 241, 249, 347, 384, 408, 429, 511.

<4> *Die Grenzgebiete etc.*, с. 16.

Я старался все время доказать ошибочность господствующей теории в учении о нашем институте, назвав ее "теорией вины" и отметив несправедливые результаты, к которым ведет последовательное применение этой теории. Каждый человек, пользующийся свободой в гражданском обществе, должен нести последствия своих действий независимо от того, виновен он или нет. Другими словами, всякое лицо обязано отвечать за проявление во внешнем мире своей индивидуальности, причем не может возникнуть и вопроса, могло ли это лицо предвидеть вредный результат своего поступка <1>.

<1> См. точку зрения Strohal'я в "Drei Gutachten über die beantragte Revision des 30. Hauptstückes in II. Theil des a. b. Gesetzbuches" (с. 149).

§ 24. Момент вины в старой литературе предмета

Предшествующее изложение показало, что между наказанием и обязательством возмещения убытков существует принципиальное различие. Отсюда само собою вытекает, что для правильного понимания нашего

института необходимо положить в его основание совершенно иной принцип, чем это имеет место при наказании. В то время как, применяя уголовную репрессию, следует считаться главным образом с субъективным моментом, при обязательстве возмещения убытков, как я постараюсь доказать, этот момент может вовсе отсутствовать.

Между наказанием и обязательством возмещения убытков исторически существовала, как мы видели, тесная связь. В древнем праве весьма трудно отличить один институт от другого. Вместе с тем в древнем праве придавалось чрезвычайно мало значения моменту вины при определении юридических последствий преступления (наказания). Вывод отсюда является ясным, и на самом деле мы можем констатировать, что также при возмещении убытков момент вины более или менее игнорировался - **совершенно аналогично тому, как это имело место при наказании**. Мало-помалу историческое развитие привело к тому, что при назначении наказания стали руководствоваться субъективным моментом. В силу означенной выше связи обоих институтов это должно было неизбежно отразиться и на возмещении убытков. Действительно, момент вины также и здесь приобретает решающее значение. Причина явления состоит, таким образом, просто в том, что возмещение убытков и наказание еще не успели отделиться друг от друга. Впоследствии, когда это отделение в действительности совершилось, старая точка зрения продолжает существовать: "вина" по-прежнему играет при возмещении убытков главную роль, как это было в ту эпоху, когда дифференциация наказания и возмещения убытков еще не произошла. Это исторический пережиток. С этой точки зрения прекрасно объясняется тенденция некоторых положительных законодательств сохранить за виною первое значение в теории нашего института. Дело в том, что не так легко порвать с укоренившимися в народном правосознании взглядами. Этому преобладанию момента вины немало способствовало также усиливающееся влияние римского права <1>. Таковы причины того явления, что до последнего времени в обширной литературе нашего предмета царил неоспоримое правило, что для присуждения к уплате убытков требуется наличность субъективного момента вины того лица, действие которого причинило убытки. Ihering <2> в следующих метких словах сформулировал это правило:

"Nicht der Schaden verpflichtet zum Schadensersatz, sondern die Schuld - ein einfacher Satz, ebenso einfach, wie der des Chemikers, dass nicht das Licht brennt, sondern der Sauerstoff der Luit".

<1> См.: Sohm, Institutionen des römischen Rechts, с. 302 - 309; Cohnfeldt, Die Lehre vom Interesse, с. 243 сл.

<2> Das Schuldmoment im römischen Privatrechte (Vermischte Schriften, с. 199); Mataja, Das Recht des Schadensersatzes, с. 11 сл.

Новейшая литература предмета совершенно основательно подвергла, как мы увидим ниже, сильному сомнению правильность провозглашенного

Ihering'ом принципа.

В старых сочинениях по интересующему нас вопросу у некоторых писателей проглядывает довольно ясно выраженный скептицизм придавать в теории нашего института решающее значение чисто субъективному моменту вины. Установление правильного взгляда на этот счет составляет заслугу Нового времени. Следует, однако, заметить, что этот правильный взгляд никогда не терялся вполне из виду ни в теории, ни в положительном законодательстве.

В защиту сказанного мною я приведу прежде всего цитаты из двух авторов, не принадлежащих к современной литературе. Одна цитата относится к 1600 г., а другая - к 1806 г. Начну с первой. Stryk <1> говорит следующее по поводу римской *actio de pauperie*:

"Sed ut ad pauperiem bestiarum redeam, non dubito huius actionis usum contra dominum bestiae etiam in iudiciis nostris esse, cum eadem supersit aequitatis ratio, ut qui commodum ex bestia captat etiam incommodum ex reparatione damni sustineat".

<1> Usus modernus pandectarum, IX, 1, § 4.

Едва ли Stryk выражает в этой цитате мысль, заимствованную им у римских юристов. Для нас важно то обстоятельство, что в такое отдаленное время, как рубеж XVI и XVII вв., обязательство возмещения убытков было оправдываемо совершенно иными соображениями, а не моментом вины лица, несущего ответственность. Если мы переступим еще через 100 лет, то увидим, что воспитанный на теориях естественного права цивилист Schömann <1> совершенно ясно высказывает тот же самый взгляд по интересующему вопросу. Он говорит:

"Die Philosophie des Rechts macht den Bürger unbedingt zur Entschädigung verhaftet, wenn er oder sein Eigenthum die unmittelbare Ursache der Beschädigung seines Mitbürgers sind. Vor der Beschädigung war der Zustand beider Mitbürger in Hinsicht dieser Beschädigung völlig gleich - darf diese, jetzt gestiftet, unersetzet bleiben, so hat eine schiefe Billigkeit die schändlichste Missgeburt der Ungleichheit des Rechtes zur Welt gebracht, wir sehen nun das Recht dem Unrecht unterliegen. - Es geschah nicht in der entferntesten bösen Absicht, dem vorsichtigsten meiner Lage und in diesen Umständen eben so gehen, höre ich den Beschädiger dem abgebrannten Unglücklichen zuzurufen. - Gerne hätte ich mein Thier gehalten, wäre ich nur zu Hause gewesen, nicht das mindeste Versehen kann man mir zur Last legen, schreit der gemeine Haufen. - Einerlei das Eigenthum ist verletzt, der Eigenthümer ist ausser Schuld, eine schädliche Thätigkeit der Person oder des Eigenthumes des Mitbürgers hat den Schaden gestiftet, diese Thätigkeit ist ohne Recht, sie vervortheilt das coexistirende Subjekt ohne Recht - soll das Verletzte unentschädigt bleiben, so erhält das Nichtrecht ein Uebergewicht gegen das Recht des Eigenthumes, dem Bürger wird stillschweigend die Befugniss ertheilt, durch unrechtliche Thätigkeit seiner Person

und seiner Sachen den Ruin seines leidenden Mitbürgers zu stiften. - Wie, o Staat! Du vereinigest die Glieder zum Zwecke der wechselseitigen Hülfe, zum blühenden Glück des ganzen Körpers; und du solltest deinen Schutz dem Bedrängten versagen; du solltest ihn unthätig vertrauern lassen ohne sein Verschulden, weit die thätige aber unrechtlche Kraft eines Mitbürgers die seinige zerstörte. Die Gleichheit des Rechtszustandes, worauf der Bürger gegen seinen Mitbürger den gegründetsten Anspruch hat, und wofür du, o Staat! Garant geworden bist, sollte auf diese unrechtlche weise ohne Noth gebrochen werden? Das sei ferne!"

<1> Lehre vom Schadensersatz, Giessen und Wetzlar, 1806, Th. I, c. 26 сл.

Эта цитата может служить ярким контрастом господствовавшей до недавнего времени в нашем вопросе доктрины, основанной всецело на римском праве. В числе сторонников этой доктрины следует особенно отметить Herr'a. В его исследовании под заглавием "Die Zurechnung auf dem Gebiete des Civilrechts insbesondere die Lehre von den Unglücksfallen" (Tübingen, 1838) за много лет до указанного выше труда Ihering'a с большою силою подчеркивается значение момента вины для обоснования обязательства возмещения убытков <1>. Однако даже Herr, когда заходит речь об отношении древнегерманского гражданского права к данному вопросу, оставляет точку зрения вины. На с. 169 своего труда он говорит. "Es fragt sich hier, soll der Schade denjenigen treffen, der ihn unverschuldet zugefügt, oder denjenigen, welcher ihn ebenso unverschuldet erlitten hat? Versetzt man sich in die Lage des Thäters, so wird man es freilich hart finden, dass zu seinen Leiden noch ein neues Leiden hinzukommen soll. - Allein man versetze sich doch auch in die Lage des unschuldig Verletzten und frage sich, wesshalb denn er unter der Unvernunft Anderer leiden soll, wenn diese im Stande sind den angestifteten Schaden aus ihrem Vermögen zu ersetzen. Einer von beiden muss freilich das Unglück tragen. Allein ist es nicht natürlicher, dass es derjenige trugt, welcher es verursacht und in dessen Person es sich ereignet hat, als derjenige, in dessen Person es sich nicht ereignet hat".

<1> См., например, с. 252 цитированного труда Herr'a.

§ 25. Скептицизм относительно момента вины в некоторых постановлениях положительных законодательств прежнего времени

Равным образом и положительным законодательствам прежнего времени, подобно тому как это заключалось в сочинениях некоторых теоретиков, не была чужда идея ответственности за убытки при полном отсутствии момента вины. Сюда относятся главным образом правила,

касающиеся убытков, причиненных животным, невменяемыми лицами, а также вследствие падения строений на соседний земельный участок. Правда, по поводу вреда, нанесенного животными, в Австрийском общем гражданском уложении 1811 г. <1> и в Прусском земском уложении 1794 г. <2> мы находим выражение прямо противоположного принципа, а именно в обоих законодательствах прямо сказано, что только то лицо, по **вине** которого убыток произошел, подлежит в разбираемом случае гражданской ответственности. Но из этого общего правила сделаны тотчас же немаловажные исключения. Прежде всего, по прусскому праву тот, кто содержит скотину, которая, зайдя на соседний земельный участок, причинит потраву, отвечает за убыток, хотя бы ему не могла быть вменена никакая вина. Свобода от ответственности наступает только в том случае, когда приставленное для присмотра за скотиною лицо будет не в силах воспрепятствовать ей зайти на чужое поле. Кто без дозволения начальства держит диких животных или таких, которые в силу своей природы представляют известную опасность, отвечает по прусскому праву за весь понесенный им убыток. Также и тот, кто держит животных, по своей природе не являющихся вредными, но не употребляемых в домашнем хозяйстве, отвечает за весь причиненный такими животными убыток **без малейшей вины со своей стороны** <3>.

<1> Параграф 1320.

<2> Theil I, Tit. 6, § 70 - 78 (см. особенно § 72).

<3> См.: Dernburg, Lehrbuch des preussischen Privatrechts, Bd. II, § 302.

Еще далее в этом направлении идет Французский гражданский кодекс. Статья 1385 Code civil совершенно игнорирует момент вины у собственника животного, нанесшего убыток: "Le propriétaire d'un animal, ou celui qui s'en sert, pendant qu'il est à son usage, est responsable du dommage que l'animal a causé, soit que l'animal fût sous sa garde, soit qu'il fût égaré ou échappé". В этой статье точка зрения Stryk'a нашла себе яркое выражение без каких бы то ни было ограничений.

Касательно убытков, причиненных падением строения, особенно интересны правила Французского гражданского кодекса и швейцарского союзного Закона об обязательственном праве (Bundesgesetz über das Obligationenrecht). Статья 1386 Code civil гласит: "Le propriétaire d'un bâtiment est responsable du dommage causé par sa ruine, lorsqu'elle est arrivée par une suite du défaut d'entretien ou par le vice de sa construction"; ст. 67 швейцарского Закона: "Der Eigenthümer eines Gebäudes oder eines anderen Werkes hat für den Schaden Ersatz zu leisten, welchen dasselbe in Folge mangelhafter Unterhaltung oder fehlerhafter Anlage oder Herstellung verursacht". Ясно, что оба процитированных закона не обращают внимания на вину собственника строения, падение которого вызвало обязательство возмещения убытков, так как легко может случиться, что собственник здания вовсе даже и не

подозревает о недостатках постройки, вследствие которых произошла катастрофа.

Игнорирование момента истины при обсуждении обязательства возмещения убытков проглядывает также в правилах, касающихся убытков, вызванных деятельностью невменяемых лиц. На первом плане следует здесь отметить Прусское земское уложение <1>: "Wenn Wahn- und Blödsinnige oder Kinder <2> unter sieben Jahren jemanden beschädigen, so kann nur der Ersatz des unmittelbaren Schadens aus ihrem Vermögen gefordert werden" (§ 41); "[d]och haftet das Vermögen solcher Personen nur alsdann, wenn der Beschädigte den Ersatz aus dem Vermögen der Aufseher oder der Eltern nicht erhalten kann" (§ 42); "[a]uch haftet dasselbe nur so weit, als dadurch dem Beschädiger der nöthige Unterhalt und, wenn er ein Kind ist, die Mittel zu einer standesgemässigen Erziehung nicht entzogen werden kann" (§ 43). В следующем параграфе прибавлено, что потерпевший не имеет права требовать удовлетворения за убытки из имущества применившего их невменяемого лица, если он путем своего собственного поведения подал хотя бы малейший повод к вредной деятельности.

<1> Theil I, Tit. 6, § 41 - 44.

<2> Ср.: Th. II, Tit. 2, § 146.

Австрийское уложение 1811 г. следует в этом вопросе по следам Прусского земского уложения. В § 1308 и 1309 содержится постановление, что вина потерпевшего исключает удовлетворение притязания возмещения убытков из имущества невменяемого и что в данном случае ответственность падает только на имущество того лица, которое приняло на себя попечение об интересах невменяемого и оказалось в этом отношении виновным в каком-либо упущении. К этому присоединим § 1310, который гласит: "Kann der Beschädigte auf solche Art den Ersatz nicht erhalten, so soll der Richter mit Erwägung des Umstandes, ob dem Beschädiger, ungeachtet er gewöhnlich seines Verstandes nicht mächtig ist, in dem bestimmten Falle nicht dennoch ein Verschulden zur Last liege; oder, ob der Beschädigte aus Schonung des Beschädigers die Vertheidigung unterlassen habe; oder endlich mit Rücksicht auf das Verrnögen des Beschädigers und des Beschädigten auf den ganzen Ersatz oder doch einen billigen Theil desselben erkennen". В швейцарском "Bundesgesetz über das Obligationenrecht" мы находим по разбираемому нами вопросу следующую статью (Art. 58): "Aus Rücksichten der Billigkeit kann der Richter ausnahmsweise auch eine nicht zurechnungsfähige Person, welche einen Schaden verursacht hat, zu theilweisem oder vollständigem Ersatze verurtheilen". Stoos в "Verhandlungen des schweizerischen Juristenvereins" <1> выражается по этому поводу так: "Eine Singularität, die allerdings mit Billigkeit sich begründen lässt ..." Затем, однако, он с полным основанием прибавляет еще следующие слова: "...nur ist nicht einzusehen, warum nicht jeder Verursacher eines Schadens

civilrechtlich haften soll".

<1> Heft 2, Basel, 1886, с. 20.

Мы видим, таким образом, что теория вины причинила немало затруднений как в литературе, так и в области положительного законодательства. Эта теория оказалась вполне несостоятельной. Правила, построенные на ней, совершенно не удовлетворяют требованиям практической жизни.

К этому следует прибавить, что с правильной точки зрения между размером возмещаемого убытка и степенью вины действующего лица не должно устанавливаться какой-либо зависимости, так как даже малейшая вина вполне достаточна для возложения ответственности ввиду огромных размеров, принятых убытками. Это соображение в значительной мере подрывает авторитет господствовавшей раньше теории, названной мною теорией вины. В древнем праве, где возмещение убытков шло рука об руку с институтом наказания, зависимость между объемом присуждаемых убытков и степенью вины существовала и притом была очень тесною. Целый ряд новейших писателей, как мы видели, придерживается, напротив, того правила, что для обязательства возмещения убытков достаточна вообще наличность вины, независимо от ее интенсивности. Правило это оказало значительное влияние и на положительное законодательство. Часто легкая небрежность вызывает возмещение убытков в столь большом размере, что лицо, совершившее вредное действие, приводит в полное расстройство свое экономическое положение. Нельзя спорить против правильности такой нормы, но она плохо мирится с теорией, усматривающей основание ответственности за убытки именно в моменте вины. Если бы это было так, если бы на самом деле субъективный момент вины служил решающим моментом по вопросу об иске за убытки, то градация степеней вины должна была бы неизбежно отразиться на размерах осуждения ответчика за причиненный им вред.

§ 26. Момент цели

До сих пор я старался показать значение момента вины в разбираемом институте. В то же время я никогда не упускал из виду, что момент вины имеет место далеко не во всех случаях существования обязательства возмещения убытков. Вот почему в литературе предмета ищут другие основания для нашего института. Вследствие подобного рода стремления образовались две группы: во-первых, случаи обязательства возмещения убытков на основании culpa; во-вторых, те случаи, когда culpa отсутствует. Против подобного деления на две группы может быть сделано то существенное возражение, что этим нарушаются цельность и единство института. Вот почему необходимо отыскать общее основание, которое обнимало бы все относящиеся сюда случаи. Таким основанием является

принцип каузальности воли (*causa efficiens* и *causa finalis*). Момент вины имеет в этом отношении только доказательное значение. Он служит, выражаясь другими словами, лишь средством констатирования этой каузальности (*causa efficiens*). Что же касается второй группы случаев, то при этом точно так же основанием ответственности служит каузальность воли (*causa finalis*), так как здесь на первый план выступает цель деятельности. Современная доктрина называет эти случаи ответственностью за убыток по "объективным причинам" (Dernburg) или действием "на свой собственный риск" (Unger). Я кладу центр тяжести на **момент цели**. Ответственность за вред падает на лицо, **в интересе** которого вредная деятельность совершается. В той и другой группе случаев главное значение должно быть придаваемо именно вредной деятельности. Только в первой группе эта деятельность выступает как **причина** вреда, а во второй группе та же самая деятельность интересует нас с точки зрения **цели**, с которой она совершается. Само собою понятно, что даже при полном отсутствии момента вины момент цели является вполне достаточным для обоснования ответственности. Бывают, с другой стороны, случаи, когда являются наличными как момент вины, так и момент цели, но оба этих момента указывают на различных субъектов. В случае такой коллизии необходимо решить, которому из двух названных моментов должно быть придано большее значение. Это вопрос о сравнительной силе двух симптоматических моментов, которые оба являются интересными не сами по себе, но в качестве средства доказательства юридического факта, вызывающего обязательство возмещения убытков. Нельзя отрицать того обстоятельства, что при коллизии момент вины является более сильным, чем момент цели, и что ему придается большее доказательное значение. Однако в разбираемом случае может иметь место также **кумуляция** ответственности, т.е. то, что выступают в роли должника, два лица: во-первых, тот, на долю которого падает **вина** вреда, а во-вторых, тот, **в чьем интересе** вредная деятельность совершалась, причем последний отвечает с правом регресса против первого. Наконец, возможна и такая комбинация, что непосредственно виновный субъект вовсе освобождается от ответственности. В этом отношении интересным является пример, приводимый Ihering'ом. Дело идет о *culpa levis* на стороне мандатария, не отославшего согласно доверенности письма или образчика товаров и причинившего этим лицу А известный убыток. Ihering считает несправедливым возлагать ответственность на мандатария и предоставлять лицу А право обратиться с иском против манданта, хотя момент вины и лежит на стороне мандатария. В этом примере, очевидно, момент вины не имеет ровно никакого значения и всецело вытеснен моментом цели, потому что мандант весьма заинтересован, чтобы деятельность мандатария выступала как единое целое и чтобы это целое считалось деятельностью именно **его, манданта**, за которую он и несет весь риск.

Ihering делает, однако, ограничение в том смысле, что мандатарий отвечает перед лицом А лишь при наличности *dolus* и *culpa lata*, а при наличности *culpa levis* - только в известных границах. Этого ограничения мы

не можем одобрить уже по той причине, что подобного рода границ нельзя точно определить. В самом деле, не говоря уже о culpa, нередки и такие случаи, когда даже при dolus'e мандатарий освобождается перед третьим лицом от всякой ответственности. Дело в том, что могут существовать такие исключительные обстоятельства, которые делают несправедливым безусловное подчинение мандатария ответственности, хотя бы и за обнаруженный им dolus. В виде аналогии приведем забастовку рабочих. Правда, рабочий - не мандатарий, но, по существу дела, здесь имеет место явление аналогичного характера. Работодатель терпит от забастовки порою весьма большой убыток, например несет имущественную потерю вследствие обязательства платить неустойку за запоздалое исполнение подряда. Что же касается третьего лица, то оно не имеет по поводу неисполнения подряда ровно никакого иска к рабочим, хотя на долю последних и выпадает dolus, который заключается в том, что они злостным образом стремились вынудить работодателя уступить их требованиям путем причинения ему убытков посредством забастовки. Взыскивать эти убытки с рабочих несправедливо, потому что рабочее предприятие рассматривается в целом как деятельность работодателя, ибо это предприятие ведется именно в его интересе. Вот почему именно он и должен нести риск в этом предприятии, причем то обстоятельство, что рабочие злостным образом виновны в неисполнении подряда, не оказывает никакого влияния на положение дела. Обязательство каждого отдельного рабочего по отношению к работодателю представляется моментом столь подчиненного значения в сравнении с предприятием как целым, что характер этого последнего не может потерпеть каких-либо существенных изменений от нарушения рабочим означенного обязательства. Было бы крайне нецелесообразным заставлять рабочих отвечать за обязательство (например, подряда), которое, имея свой корень в отношениях между работодателем и третьим лицом, совершенно не касается непосредственно самих рабочих. В самом деле, размер ответственности при таком обязательстве зависит от целого ряда обстоятельств, лежащих совершенно вне сферы интересов рабочих. Как в теории, так и в судебной практике рабочие освобождаются в рассматриваемом случае от всякого рода ответственности. При этом в виде мотива выставляют обыкновенно соображение, что между действием рабочих и происшедшим убытком отсутствует каузальная зависимость. Если войти в ближайшее рассмотрение вопроса, то мы увидим, что на самом деле она существует и что в этом отношении современная доктрина ошибается, но дело состоит только в том, что, тогда как ее нет в качестве causa efficiens, она выступает в качестве causa finalis и притом касается самого работодателя, в целях и в интересе которого предприятие действует, а не участвующих в этом предприятии рабочих. С точки зрения господствующей доктрины, не знающей иной каузальной зависимости, кроме causa efficiens, дело остается совершенно непонятным.

Против защищаемого мною взгляда о важном значении момента цели при обязательстве возмещения убытков может быть сделано то на первый взгляд основательное возражение, что цель деятельности представляется

чем-то воображаемым, чем-то таким, что не имеет реального бытия. С этой точки зрения понятие цели не может быть поставлено на один уровень с понятием действующей причины, так как под последнюю разумеется реальная сила, существующая или существовавшая *in rerum natura*. Вот почему защитники такого взгляда отрицают за моментом цели право на самостоятельное существование в области нашего института. Однако с этим взглядом едва ли можно согласиться. В самом деле, разве **достигнутая** цель не составляет такого же вполне реального факта, как и причина? С другой стороны, разве причина в период времени, когда она только начинает свое действие, не составляет, подобно цели, чего-то существующего только в нашем представлении? <1> Другими словами, причина и цель вовсе не являются реальными явлениями, пока первая не окончила начатого ею действия и пока вторая не достигнута. Отсюда вытекает вся неправильность опровергаемого взгляда, проводящего в разбираемом отношении резкое различие между причиною и целью.

<1> Wundt, Logik, Bd. I, с. 525 сл., 535.

Основание для обязательства возмещения убытков следует искать в общем принципе для правовой ответственности вообще. Об этом принципе Merkel <1> говорит следующим образом: "Der allgemeine Grund der Verantwortlichkeit für unsere Thaten liegt lediglich darin, dass es **unsere** Thaten sind, welche Lust oder Unlust, Achtung oder Verachtung hervorrufen, und denen gegenüber Andere sich veranlasst sehen, die Bedingungen ihres Wohles und ihrer Selbstachtung im Einklang mit den allgemeinen Werthurtheilen zu wahren". Сообразно с этим взглядом момент вины должен считаться только одною стороною дела при обосновании ответственности за причинение убытков и указывает только на то, что субъект обусловил своею деятельностью наступление эффекта, **противоречащего требованиям права**. Момент вины вызывает, таким образом, только частный вид ответственности, и центр тяжести лежит при этом в **противоречащей праву** каузальной связи, точнее говоря, в нарушении обязанности. Отсюда ясно, что не в моменте вины состоит юридическая сущность дела, хотя при наличности этого момента могут наступить весьма важные изменения ответственности, как, например, последствия уголовные при уголовном правонарушении. В виде правила можно сказать, что момент вины при обязательстве возмещения убытков не устанавливает ответственности, но определяет лишь модификацию этой последней <2>. Юридические последствия вредной деятельности должны быть по общему правилу введены в границы, в которые их поставила виновная воля действовавшего лица. Такова точка зрения Merkel'я. Мы не будем входить в подробную оценку философского значения этой теории об ответственности и вине. Ограничусь только следующим замечанием. Человеческая деятельность может подлежать обсуждению с самых различных сторон. При этом обсуждении, очевидно, могут быть применяемы весьма различные точки зрения (историческая, психологическая и др.).

Однако, несмотря на все их различие, всегда может быть найдено то общее зерно, которое констатировал Merkel в вышеприведенной цитате и которое служит краеугольным камнем ответственности при обязательстве возмещения убытков. Правда, в области морали и религии принцип, защищаемый Merkel'ем, может вызвать некоторое сомнение, но в области юридической этот принцип имеет безусловную силу действия.

<1> Enc., § 278 a.

<2> Enc., § 258 a.

§ 27. Момент цели (продолжение)

Таким образом, главная задача исследования вопроса о каузальной связи при обязательстве возмещения убытков состоит в определении того, при каких условиях вредную деятельность следует считать деятельностью определенного лица. В этом отношении существенно важно, чтобы эта деятельность совершалась именно в **его** интересе. Здесь должно быть применимо следующее правило римского права: "Ex qua persona quis lucrum capit, eius factum praestare debet" (l. 149 D. 50, 17). Наличие этого и многих других подобных же мест источников не могла помешать романистической доктрине поддерживать следующее правило: при отсутствии вины не может быть и речи об обязательстве возмещения убытков. Напротив, мы видим, что решающим моментом является вовсе не момент вины, а то обстоятельство, что вредная деятельность является **собственной** деятельностью лица, несущего ответственность. С этой точки зрения следует подчеркнуть относительность противоположения момента вины (*causa efficiens*) и момента интереса (*causa finalis*). Общее для них обоих заключается в моменте деятельности, которая должна носить только что означенный нами характер. К этому надо прибавить, что момент цели отличает человеческую деятельность от деятельности чисто механической. Человек часто пользуется для своих целей внешними силами природы. Работа этих сил вовсе не является в юридическом отношении механической, но составляет действие самого человека, так как она направлена на служение его целям, его интересам. Это будет вполне понятным, если мы не будем упускать из виду роль целевого момента в праве. С этой точки зрения ответственность за вредную деятельность должно нести лицо, в чьем интересе эта деятельность наступила. Момент цели придает деятельности именно тот органический характер, который позволяет рассматривать ее как единое органическое целое, как организм. Аналогия в этом случае может быть проведена очень далеко. Каждый член человеческого организма преследует свою собственную, отдельную и независимую цель, но все эти цели служат единой общей цели, а именно интересам самого организма, так что деятельность органов является как бы деятельностью его самого. После этих слов вполне понятным будет правило "respondeat Superior" <1>. В самом деле, одно и то же лицо может иметь нескольких поверенных, которые все в различных

направлениях служили бы его целям, его интересам. Естественно, что это же самое лицо, хотя бы на его долю не выпадало никакой вины, должно отвечать за убыток, могущий произойти вследствие вредной деятельности поверенных, обнаруженной при ведении его дел: деятельность поверенных составляет единое органическое целое, объединяется целью, преследуемую доверителем. Все до сих пор мною изложенное делает совершенно ясным, какое огромное значение должно быть отведено моменту цели при обязательстве возмещения убытков.

<1> Mataja, I. с, с. 40.

§ 28. Момент цели и момент вины

Эта важность **телеологической** точки зрения в рассматриваемом мною вопросе не вытесняет и не должна вытеснять силы действия каузальности воли в смысле *causa efficiens*. Мало того, само слово "каузальность" вызывает в нашем уме представление сперва о *causa efficiens*, а уже потом о *causa finalis*. В этом и заключается, между прочим, причина постоянных колебаний в словоупотреблении, а вместе с тем и причина путаницы взглядов в учении о нашем институте. Никогда не следует забывать, что мы имеем здесь дело с **двумя** понятиями: "цели" и "причины". Оба этих понятия должны иметь одинаковое право гражданства в интересующей нас области. Они вовсе не исключают, но взаимно дополняют друг друга <1>. Телеологическая точка зрения предполагает наличность каузальной связи. Что же касается последней, то она, в свою очередь, предполагает цель, к которой стремится цепь явлений, связанных друг с другом отношениями причины и следствия. Другими словами, средства для достижения цели должны действовать по законам причинной связи, а причинная связь имеет всегда в виду достижение определенной цели. Ни той, ни другой точки зрения (телеологической и каузальной) нельзя отдавать абсолютного предпочтения. В одних случаях выдвигается на первый план целевой момент, а противоположный полюс отходит на задний план. В других же случаях имеет место как раз обратное явление.

<1> См.: Wundt, Logik, Bd. I, с. 567 сл.

Такое отношение между моментом цели и моментом причинности имеет чрезвычайно важное значение для определения юридической природы обязательства возмещения убытков. Таким путем наш институт сохраняет **внутреннее единство**. Правда, внешний дуализм остается и при моем взгляде на дело, но это дуализм только внешний и вовсе не касается самого существа дела, но, как мы видели, лишь чисто технической стороны его: образовались две группы случаев, из которых первая группа имеет основанием ответственности момент вины, а вторая - цели, но на самом деле таким основанием как для той, так и для другой группы является

каузальность воли в широком смысле слова (*causa efficiens* и *causa finalis*). Что касается момента вины, то здесь причинная связь выступает в наиболее резкой форме, так как этот момент прямо указывает на то, что дефект человеческой воли вызвал вредный результат. Но то же самое может быть доказано также и относительно момента цели, потому что интересы, для достижения которых совершается определенная деятельность, всегда указывают на отношение этой деятельности к определенному лицу, заинтересованному в ее исходе. Другими словами, польза этого лица в той или другой форме обусловила названную деятельность, т.е. опять мы имеем здесь дело с каузальностью в широком смысле.

§ 29. Аналогия этих двух моментов

Войдем в ближайшее рассмотрение момента цели. Этот момент принимается нами в самом широком смысле. Дело в том, что существует целый ряд случаев обязательства возмещения убытков, при которых вред с точки зрения каузального момента коренится в *casus'e*. Однако такого рода деятельность нельзя считать бесцельной, но только понятие цели принимается здесь в самом широком смысле этого слова. В этом случае главное внимание должно быть обращено на **результат**, достигаемый деятельностью, который, таким образом, и является ее **объективной** целью. Границы ответственности за причинение вреда определяются двумя моментами: моментом вины и моментом цели. Момент вины определяет границы ответственности вредными последствиями, которые вызвала в качестве **причины** виновная деятельность. Если же момент вины отсутствует, то вступает в свои права момент цели или интереса, которому служит вредоносная деятельность. Путем удовлетворения интереса достигается осуществление цели. Вот почему интерес можно назвать **объективной** целью. В свою очередь, интерес всегда предполагает определенное лицо или ряд лиц, которым он служит. Это лицо или лица должны нести ответственность за причинение вреда, так что интерес в этом случае и будет служить основанием ответственности. Нельзя сказать, чтобы таким путем слишком сильно были раздвинуты рамки, в которые поставлена указанная ответственность. Дело в том, что также в случае, когда главное значение придается не моменту цели, а моменту вины, принимаются в расчет весьма многие обстоятельства, не стоящие ни в какой непосредственной связи с моментом вины. Одна и та же степень виновности в зависимости от этих побочных обстоятельств может повлечь за собою в различных случаях весьма разнообразную меру ответственности. То же самое имеет место также при уголовных правонарушениях - как кульпозных, так и долозных. Также и здесь преступная воля далеко не всегда в состоянии предвидеть и оценить всех последствий, какие может вызвать преступление, а между тем преступник отвечает по общему правилу за все эти последствия. Сущность дела заключается здесь в том обстоятельстве, что противоречащий праву характер воли может быть констатирован только путем вывода на основании

такого же характера самой **деятельности**. Это потому, что только последняя является внешним фактом, подлежащим объективной оценке, тогда как движения воли составляют акт внутренней жизни, ускользающий от такой оценки. Главное внимание должно быть обращено на то, что правонарушитель сделал, а не на то, что он **желал**.

Аналогия момента вины и момента цели является в этом отношении полною. Никогда никакая цель не может получить вполне точной реализации. Напротив, уже не говоря о случаях, когда цель не осуществляется, даже и тогда, когда это не имеет места, наряду с достижением цели мы встречаем целый ряд побочных явлений, вовсе и не имевшихся в виду действующим лицом. Однако в действительности эти побочные явления составляют единое и нераздельное целое с достигнутым результатом, и вся деятельность носит характер такого строгого единства. Отсюда может быть сделан очень важный вывод для нашего вопроса. При совершении вредного для другого действия виновное лицо далеко не всегда в состоянии предвидеть такой характер действия. Преследуя при этом свою самостоятельную цель, это лицо осуществляет свой интерес, но причиненный другому вред или убыток составляет нераздельное целое с достижением такого интереса.

§ 30. Каузальность воли. *Causa efficiens* и *causa finalis*

Существенным признаком деятельности известного рода является с юридической точки зрения ее цель. Этою целью служит интерес лица, производящего означенную деятельность. Достижение цели или удовлетворение интереса включает цепь причин и следствий, первым звеном которой выступает сама деятельность. Насколько последняя приносит другому вред, тот субъект, в интересе которого она происходила, несет ответственность - совершенно независимо от вопроса, входило ли причинение вреда в его планы: для наступления ответственности совершенно достаточно, чтобы вред был причинен деятельностью, имевшей место в его интересе, для достижения его целей. Таким образом, с точки зрения цели вредный результат является тесно связанным с его личностью, как будто он был настоящим виновником этого результата. Такой способ понимания дела может показаться на первый взгляд удивительным, но он делается вполне ясным, если принять во внимание отмеченную мною выше тесную связь "причины" и "цели". Воля как *causa efficiens* и воля как *causa finalis* представляют лишь различные стороны одной и той же воли, причем имеется в виду та же самая деятельность, но она только рассматривается с двух противоположных точек зрения. Мое понимание дела подтверждается, кроме того, уже тем простым соображением, что экономический вред, причиненный другому лицу при преследовании чисто индивидуалистических интересов, должен быть возмещен последнему лицом, в пользу которого эти интересы осуществлялись, - разумеется, при том непременно условии, чтобы эти интересы не были возведены законом или обычаем на степень прав

в субъективном смысле.

§ 31. Обязательство возмещения убытков и деликт

Обязательство возмещения убытков должно быть строго отличаемо как от уголовных, так и от гражданских правонарушений. Юридическая техника создала, с одной стороны, целую систему диспозитивных прав в субъективном смысле с точно разграниченными в каждом отдельном случае последствиями их нарушения (гражданский деликт), а с другой стороны, систему запрещенных действий, сопровождаемых строго определенными наказаниями (уголовный деликт). Спрашивается: существуют ли особые правила для обязательства возмещения убытков, которые бы не входили ни в одну из двух указанных групп правил? По каким принципам обсуждать правовые последствия такого обязательства? Вопрос этот представляется особенно важным во всех тех случаях, когда момент вины отсутствует, так как при наличии момента вины имеется нарушение права в субъективном смысле и случай может быть обсуждаем по аналогии с гражданским деликтом. Но как быть, когда момента вины нет налицо, а есть только момент цели? На этот счет, несомненно, существуют особые правила, и притом не только *de lege ferenda*, но и в положительном праве. Однако в противоположность двум вышеназванным группам правил мы не имеем здесь строго разработанной **системы** юридических норм, которая бы обнимала все относящиеся сюда отдельные случаи. Вот почему я сопоставлю несколько ниже важнейшие из относящихся сюда явлений юридического быта и постараюсь дать ответ в отдельности по поводу каждого из них <1>.

<1> См. по этому поводу сопоставление относящихся сюда явлений, делаемое Merkel'ем (Enc., § 673 - 683); см. также: Steinbach, I. с., с. 11 сл.; Unger, I. с., с. 6 сл.

§ 32. Теория причинной связи *Virgi*

Итак, мы пришли к тому выводу, что **вина** далеко не всегда может быть рассматриваема в качестве необходимого условия для существования обязательства возмещения убытков, но что действующий субъект в виде общего правила должен нести ответственность даже за **случай** и вознаграждать потерпевшее лицо за причиненные последнему вследствие такого случая убытки. Надо сделать из этого общего правила только одно важное исключение. Дело идет о таком положении вещей, когда действие, которое причинило вред без вины предпринявшего его лица, было вызвано легальной или моральной обязанностью.

Результат, к которому мы пришли, может подать повод к различным сомнениям, если не сделать на этот счет некоторого разъяснения. На первый взгляд может показаться, что действующее лицо, если оно не находит никакого особого оправдания для предпринимаемого им поступка, отвечает

за бесконечный ряд последствий, связанных с этим поступком причинною связью, но такая точка зрения является ошибочною.

Я далек от мысли дать науке права новую теорию причинной связи. Как известно, этот вопрос составляет излюбленную тему для криминалистов. В недавнее время за него деятельно взялись и цивилисты. Hass <1> и Max Rümelin <2> дали даже, по-видимому, новую и оригинальную теорию каузальной связи, применив к области гражданского права идею, утилизированную для уголовного права профессором Kries'ом <3>. Следует, однако, заметить, что эта теория вовсе не нова и что очень похожий взгляд за много лет раньше защищал Nussbaumer в труде под заглавием "Ueber das Mass des Schadensersatzes" (1855). Заслуга Hass'a и Max'a Rümelin'a заключается главным образом в том, что они вполне основательно подчеркнули, что теория каузальной связи должна быть **единою** для области права гражданского и уголовного.

<1> Hass, Ueber die Verwerthbarkeit des Gegensatzes von adäquatem und inadäquatem Kausalzusammenhang in der Lehre vom Interesse. Zugleich ein Beitrag zur Lösung des Kausalitätsproblems in der Rechtswissenschaft, в: Ihering's Jahrbücher, 1897, Bd. 37, с. 329 - 484.

<2> M. Rümelin, Die Verwendung der Causalbegriffe in Straf- und Civilrecht, в: Archiv f. d. civ. Praxis, 1900, Bd. 90, с. 170 - 344.

<3> Von Kries, Die Principien der Wahrscheinlichkeitsrechnung, 1886; Ueber den Begriff der objektiven Möglichkeit und einige Anwendungen desselben, Vierteljahrschrift für wissensch. Philosophie, 1888, Bd. 12, с. 180 сл.; Ueber die Begriffe der Wahrscheinlichkeit und Möglichkeit und ihre Anwendung im Strafrecht, Zeitschr. f. d. ges. Strafr.-Wiss., Bd. 9, с. 528 - 537. В последней из названных статей сконцентрированы результаты исследований Kries'a.

Все теории каузальной связи можно разделить на две главные группы. В основании первой из этих групп лежит мысль, что каждое человеческое действие, являющееся одним из antecedентов результата, должно быть считаемо причиною этого результата. Другими словами, каузальная связь между действием и результатом является, по такой теории, наличною, если по исключении этого действия из ряда antecedентов нам пришлось бы констатировать отсутствие результата. Эта точка зрения едва ли может быть признана правильною. Она грешит против логики. Причиною называется совокупность обстоятельств, вызывающих известный результат. Акт человеческой воли только вместе со всеми остальными содействующими силами, будет ли то участие сил природы или помощь других людей, может быть обозначен в качестве причины. Но этого еще мало. Antecedent известного результата вызывается, в свою очередь, другим antecedентом и т.д. до бесконечности. В целях ограничения этого способного принять бесконечный характер ряда antecedентов Liszt <1> выставляет правило, что каузальная связь должна быть признана отсутствующею, если между

человеческим действием и результатом обнаруживается свободная и сознательная деятельность какого-либо иного лица. А приготовил ружье, а В убил этим ружьем С. Действие А не стоит ни в какой каузальной связи с убийством С. Формулу Liszt'a я считаю неправильной. Постараюсь показать это на примере. А нанес В смертельную рану. В еще жив, но вот приходит С и его приканчивает, вызвав в нем умышленно самое незначительное напряжение сил, которого, однако, как ему было хорошо известно, было совершенно достаточно для **ускорения** факта смерти. По теории Liszt'a, причину убийства В будет не А, произведший смертельный выстрел, а С, вызвавший только ускорение явления. Само собою понятно, что применение формулы Liszt'a в этом случае привело бы к крайне несправедливым последствиям.

<1> Lehrbuch, с. 132.

Представителем первой группы теорий является Burt <1>. Он говорит следующее: "Will man den Causalzusammenhang einer concreten Erscheinung ermitteln, so muss man in geordneter Reihenfolge sämtliche Kräfte feststellen, welche für die Entstehung der Erscheinung irgend eine Wirksamkeit geäußert haben. Die ganze Summe dieser Kräfte ist dann als die Ursache der Erscheinung anzusehen. Mit demselben Rechte lässt sich aber auch jede einzelne dieser Kräfte für sich allein schon als die Ursache der Erscheinung betrachten, denn die Existenz derselben hängt so sehr von jeder Einzelkraft ab, dass, wenn man aus dem Causalzusammenhang auch nur eine einzige Einzelkraft ausscheidet, die Erscheinung selbst zusammenfällt. Es verleiht daher jede Einzelkraft der, wenn man von ihr absieht, todten Masse aller übrigen Einzelkräfte erst die Lebenskraft, es macht jede Einzelkraft alle übrigen causal". Из этой цитаты видно, что, по теории Buri, каузальная связь не имеет никакого иного ограничения, кроме чисто механической причинности. Он особенно подчеркивает полное безразличие для вопроса о каузальной связи субъективного момента на стороне действующего лица. Свойства воли этого последнего для определения причинной зависимости, по теории Buri, не могут быть вовсе принимаемы в расчет. Вполне последовательно "вина" и "ответственность" оставляются им при определении причины без внимания, так как причинная связь существует совершенно независимо от вины, не только не определяясь этим моментом, но даже сама служа для него основанием.

<1> Von Buri, Ueber Causalität und ihre Verantwortung, Leipzig, 1873; Zur Causalitätsfrage в: Gerichtssaal, Bd. XXIX, с. 269 сл.; Verursachung und unterlassene Verhinderung в: Beilageheft zum Gerichtssaal, Bd. XXIX; Ueber Kausalität und Theilnahme в: Liszt's Zeitschrift f. die gesammte Strafrechtswiss., Bd. II, с. 232 сл.; Die Causalität und ihre strafrechtlichen Beziehungen в: Beilageheft zum Gerichtssaal, Bd. XXXVII.

Вторая группа теорий каузальной связи имеет своим основанием то соображение, что далеко не каждое человеческое действие, входящее в число "условий" результата, является его "причиной". Liszt <1> насчитывает здесь четыре различных направления. Я не буду останавливаться на рассмотрении этих направлений и теорий. Это отвлекло бы нас слишком в сторону. Ограничусь лишь указанием на взгляд, защищаемый Binding'ом. Этот автор создает две категории фактов, стоящих в известном отношении к результату: во-первых, **содействующие** и, во-вторых, **противодействующие**. Binding представляет, что при нормальном положении между обеими категориями фактов существует полное равновесие. "Причина", по Binding'у, такой "содействующий" факт, который, присоединяясь к группе других содействующих фактов, нарушает установившееся равновесие. "Die Verursachung einer Veränderung ist deshalb identisch mit einer Veränderung des Gleichgewichts zwischen den sie abhaltenden und den zu ihr hinwirkenden Bedingungen zu Gunsten der Letzteren. Ursache sind die positiven Bedingungen in ihrem Uebergewicht über die negativen" <2>.

<1> Lehrbuch, с. 135.

<2> Normen, Bd. I, с. 116.

Нельзя отрицать того, что теория Виги стоит выше второй группы теорий по логической последовательности и определенности. Вторая группа теорий отличается слишком произвольным характером при выяснении вопроса о том, какое из "условий" результата должно быть возведено в степень "причины". Однако и теория Виги не свободна от возражений. Понятие причинной связи, защищаемое Виги, является чуждым юридической жизни. Этот автор с большим искусством старался отразить нападки, которым подверглась его теория, и при этом имел случай еще лучше обосновать свои взгляды. Виги строго различает причинную связь и ответственность. Понятие ответственности резко отграничивается им от понятия каузальной зависимости. Ответственность определяется моментом вины. Решающим моментом для ответственности служит то обстоятельство, насколько действующий субъект несет вину за наступление правопротивного эффекта. При этом Виги отмечает, что умысел может быть констатирован не только по вредному результату, но и по причинной связи. Другими словами, субъективный момент виновности простирается не только на правопротивный эффект, но и на вызвавшую его каузальную связь. Эффект является результатом деятельности многих сил. Необходимо, чтобы субъективная виновность простиралась не только на эффект, но также и на отдельные силы, вызвавшие этот эффект. Нет необходимости предвидеть их все с точностью, но надо предвидеть лишь те, которые легко могут наступить. Очень часто действующий субъект даже и не в состоянии принять во внимание все могущие привходить силы, известные и неизвестные, которые в состоянии содействовать наступлению эффекта. Хотя бы такие силы не вошли в сознание субъекта и не были им даже ясно сознаваемы, они

все-таки, по мнению Вигі, обнимаются волею субъекта. Впрочем, Вигі проводит эту мысль не без оговорки. Он признает, что эти силы все-таки должны быть такого рода, чтобы при совершении действия субъект мог их считать **вероятными** *in concreto*. Только в этом случае воля действующего субъекта, по теории Вигі, обнимает эти силы, так как, говорит он, нельзя **иметь волю** относительно того, наступление чего не представляешь себе возможным. Это может быть предметом только **желаний**. Субъект должен обнимать своею волею все силы, наступление которых для него представляется вероятным, но необязательно, чтобы он рассчитывал на осуществление этих сил непременно на самом деле.

Для иллюстрации результата, к которому приводят выводы Вигі, приведу пример. А посылает своего слугу В ночью, в метель, по непроходимой дороге, через лес, где водятся волки и где вообще можно ожидать много других опасностей, с целью его погубить. Если В во время этого опасного пути так или иначе действительно погибнет, то А не сможет избежать последствий вызванного им эффекта. Напротив, если В, будучи уже готовым идти выполнять поручение, случайно расшибется насмерть во дворе своего господина, еще не успев вступить в полный опасностей лес, то А, несомненно, будет свободен от ответственности. В обоих случаях действие А стоит в каузальной связи с преднамеренным эффектом, но в последнем случае эффект произошел вследствие случайного события, наступление которого А не мог предвидеть с некоторым вероятием и которое по этой причине не может быть рассматриваемо в качестве факта, обнимаемого волею А.

Если А в намерении лишить жизни своего врага В нанес ему тяжелую рану, не имевшую, однако, своим прямым последствием смерть, но приведшую В в больницу, и если В там умер от воспаления раны, то А никоим образом не может избежать ответственности за это преднамеренное и действительно воспоследовавшее убийство. Но если В, бывший до того времени воздержанным в употреблении спиртных напитков, во время лечения в больнице должен был, по приказанию врача, принимать коньяк в значительных дозах для подкрепления падающих сил своего организма и если он через это пристрастился к вину и, сделавшись пьяницею, умер по выходе из больницы от *delirium tremens*, то А не может отвечать за такой исход, хотя, конечно, и в этом случае смерть была связана с вызванным А поранением цепью причин и следствий.

А посылает В в морское путешествие в надежде, что несчастье на море лишит В жизни. Между тем А не имеет никакого серьезного основания рассчитывать с большим или меньшим вероятием на то, что несчастье действительно произойдет. Однако вследствие случайного хода событий несчастье на самом деле наступило, и А лишился жизни. В подобном случае, думает Вигі, А не несет ответственности за смерть В, так как на самом деле смерть В вовсе не обнималась его волею, но он только желал этой смерти.

В приведенных примерах ответственность, по мнению Вигі, не наступает не вследствие отсутствия каузальной связи, но ввиду отсутствия

необходимого для ответственности субъективного момента.

Каузальная связь как юридический фактор должна быть, несомненно, единою как для области гражданского, так и для области уголовного права. Этого мнения придерживается и Buri. Юридические факты с точки зрения своих последствий и условий не могут иметь одну природу в уголовном праве и другую в гражданском. Отсюда следует, что, по теории Buri, также гражданско-правовая ответственность должна определяться субъективным моментом, как это им выдвигается на первый план для уголовной ответственности. Отношение между каузальной связью и субъективным моментом в гражданском праве Buri считает точно таким же, как мы сейчас подробно изложили касательно действий, подлежащих уголовной репрессии. Другими словами, каузальная связь принимается в расчет лишь настолько, насколько на нее простиралась воля лица, несущего ответственность. Buri прямо подчеркивает, что понятия "dolus" и "culpa" имеют одинаковое значение и для цивилиста, и для криминалиста. Он видит разницу только в том, что в вопросе о **гражданской** ответственности за culpa, или, выражаясь другими словами, в вопросе о возмещении убытков, особенные свойства индивидуального характера, выпадающие на долю действующего лица, не принимаются в расчет. На место индивидуального лица вступает абстрактное лицо - bonus или diligens paterfamilias. Другими словами, обязательство возмещения убытков определяется отсутствием той меры осторожности, внимания и предусмотрительности, которая требуется от bonus paterfamilias. Но если индивидуальность лица, причинившего вред, такова, что можно требовать от него большей меры осторожности и рассудительности, чем от bonus paterfamilias, то такое лицо, продолжает Buri, по вопросу о возмещении убытков должно быть обсуждаемо с точки зрения своей индивидуальности. Bonus paterfamilias представляет, по Buri, только наименьшую меру осторожности и предусмотрительности, требуемых для освобождения от ответственности за убытки. "Denn es lässt sich nicht begreifen, warum der durch unterlassene Anwendung seiner hervorragenden Fähigkeiten von dem Schadensstifter zugefügte Schaden dem Beschädigten nicht ersetzt werden soll, und man würde andernfalls auch nicht zur Construction einer besonderen Haftbarkeit für Dolus gelangen können" <1>. Мы оставляем в стороне вопрос, насколько соответствует римско-правовой доктрине гражданская ответственность за убытки, которая покоится на индивидуальности лица, причинившего вред, и которая простирается далеко за пределы ответственности bonus paterfamilias. Для нас особенно важно отметить только то, что, по разбираемой теории, ответственность за убытки всецело зависит от момента вины. Отсюда вытекает, что не имеет оправдания с этой точки зрения гражданская ответственность в том случае, когда совершителю вредного действия нельзя вменить никакой вины. Buri прямо говорит: "Dass die von einem Unzurechnungsfähigen, einem Wahnsinnigen etwa, angerichtete Beschädigung von dem Beschädigten als Zufall zu tragen ist".

<1> См.: Gerichtsaal, Bd. XXIX, с. 282.

С правильной точки зрения следует признать, что даже при отсутствии вины вредное действие вызывает возникновение ответственности. Достаточно в этом отношении указать на возмещение убытков, причиненных невменяемыми лицами. В этом случае можно констатировать полную несостоятельность разбираемой теории. Момент вины не может здесь установить границы ответственности. Следовательно, нет воли, которая бы, как это требуется нашим автором, обнимала часть цепи причин и следствий. Ответственность в этом случае должна была бы простираться, по его теории, до бесконечности, вслед за бесконечным рядом причин и следствий. Таков прямой вывод из теории Vigi. Очевидно, полученный результат должен быть признан вполне несостоятельным. Ясно, что теория каузальной связи Vigi для юридической жизни является непригодной и непрактичной. Основная ошибка теории заключается в том, что наш автор делает субъективный момент основанием для ответственности, тогда как таким основанием как в гражданском, так и в уголовном праве должна служить **причинная связь**. Теория Vigi не стоит в согласии со многими явлениями юридического быта, как, например, с указанною мною ответственностью невменяемых лиц за убытки, и не может служить объяснением этих явлений, а потому ее следует отвергнуть как несостоятельную.

§ 33. Перерыв причинной связи

Основная ошибка теории Vigi состоит в том, что он отрицает значение **причинной связи** в вопросе об ответственности за убытки, придавая в этом вопросе главное значение субъективному моменту. Между тем именно "причинная связь" должна решить, наступает означенная ответственность или нет. При этом я принимаю "причинную связь" в том смысле этого слова, который ему придают в логике, т.е. в качестве цепи причин и следствий. Для юридической науки, конечно, не может быть чуждым этот философский смысл понятия причинной связи. Впрочем, я должен сделать оговорку. Хотя юриспруденция и должна, по моему мнению, оперировать с общеправовым понятием причинной связи, но не без некоторых ограничений. Будучи применено в юридической жизни без всяких ограничений, это понятие может привести к абсурду. Как я в своем месте указал, цепь причин и следствий носит бесконечный характер. Понятно, что наша наука как практическая отрасль знания должна ограничить эту цепь пределами пространства и времени. Liszt <1> совершенно правильно замечает: "Es ist ferner unbedingt daran festzuhalten, dass sich das "Kausalgesetz" nur auf die in Raum und Zeit vor sich gehenden Veränderungen, nicht aber auf die logische Verknüpfung der Begriffe bezieht".

<1> Lehrbuch, с. 132 (сн. 1).

Когда говорят, что человеческое действие причинило что-либо, это с юридической точки зрения означает, что тот, кто произвел действие, совершил во внешнем мире изменение, выступающее в его собственном сознании и в сознании других людей в качестве эффекта, вызванного им самим. Момент вины при этом отходит совершенно на задний план. Центр тяжести лежит не в моменте вины, но в моменте причинной связи. Виги говорит, что действие человека в том случае служит причиной эффекта, когда оно является одним из условий эффекта. С этим можно согласиться, но только с ограничением. **Эффект не должен быть вызван** наряду с человеческим действием **каким-либо новым фактом**, на который действующий субъект при нормальном течении дел не мог сколько-нибудь серьезно рассчитывать и который нарушил, прервал обычный ход вещей <1>. Я говорю в данном случае о **перерыве причинной связи**.

<1> См.: Birkmeyer в: Gerichtssaal, Bd. XXXVII, с. 275.

Если для института возмещения убытков имеет, как я сказал, такое огромное значение **причинная связь**, то понятно, насколько важен вопрос о **перерыве** этой причинной связи. Постараемся выяснить, каким условиям должны удовлетворять события, прерывающие каузальную зависимость.

Таковыми событиями служат отчасти человеческие действия, отчасти другие факты, которые нельзя отнести к человеческим действиям.

Человеческое действие, открывающее течение каузальной серии, может обуславливать эффект вместе с другими человеческими действиями и иного рода фактами, существующими **одновременно** с ним. В этом случае лицо, открывающее актом своей воли течение каузальной серии, не должно непременно рассчитывать на содействие этих одновременно существующих сил. Оно может даже совсем и не знать об этих силах. О **перерыве** причинной связи можно говорить только в том случае, когда эти силы возникли не одновременно или раньше, но **после** человеческого действия, лежащего в основании причинной связи.

Перерыв каузальной связи состоит в том, что к человеческому действию присоединяется **после** его совершения такой факт, который вызывает тот же самый или несколько иной эффект. Очевидно, что этот новый факт открывает течение новой каузальной серии, прерывающей каузальную связь, начатую человеческим действием. Примером может служить случай, приводимый Birkmeyer'ом <1>: А причинил В смертельную рану. Но В, прежде чем рана еще успела оказать свое действие, умер от удара. Не может быть никакого сомнения, что А не является причиной смерти В, хотя рана и была смертельной. Гораздо сложнее будет дело, когда человеческое действие является лишь одним из условий эффекта, вследствие ли того, что оно обуславливает наступление события, вызывающего эффект, или же вследствие того, что оно наряду с другими факторами обуславливает этот эффект непосредственно. Эти именно случаи я и буду иметь в виду в дальнейшем изложении. Я отрицаю в этих случаях наличность каузальной

связи между человеческим действием и эффектом. Оно, т.е. человеческое действие, является лишь косвенно или прямо одним из условий эффекта. Возьмем приведенный выше пример. Представим, что В вследствие нанесенной ему со стороны А раны не мог вовремя прийти до дома и принужден был остановиться отдохнуть под деревом с целью собраться с силами. В это время разыгралась гроза, причем молния ударила как раз в дерево, под которым отдыхал В, и убила его. Про этот случай можно сказать, что нанесение раны служило одним из условий смерти В. Если бы раны не было, то В не остановился бы отдохнуть под деревом, а если бы он не остановился отдохнуть под деревом, то и молния не убила бы его. Тем не менее нельзя считать в разбираемом случае действие А причиной смерти В. Равным образом в приведенном выше при разборе теории Вигі примере смерти В от *delirium tremens* действие А тоже только обуславливает прискорбное событие, не являясь его причиной. В обоих приведенных примерах произошли новые факты, открывшие новую каузальную зависимость. Если бы этих новых фактов не было, то положение дела было бы несколько иным. Вот почему я и говорю здесь о **перерыве** причинной связи.

<1> Gerichtssaal, Bd. XXXVII, с. 27.

Сказанное мною делается еще более ясным, если взять в виде примера действие, не носящее характера правонарушения. А, будучи в гостях у В, хранившего обыкновенно свой табак заперти от малолетнего сына, забывает по рассеянности портсигар на столе у В. Малолетний сын В похищает сигары и, занявшись курением в месте, где были легковоспламеняющиеся предметы, производит пожар. Никто в этом случае не скажет, что убыток произвел А.

Каждое человеческое действие оказывает свое влияние на наступление известного события вместе с последующими фактами, которые произойдут впоследствии. Если эти последующие факты на основании сведений, доступных действующему субъекту, такого рода, что он не мог на них рассчитывать и что они не могли служить мотивом для его деятельности, то мы имеем перерыв каузальной связи. Новые произошедшие факты являются событиями, лежащими вне нормального порядка вещей, а потому они служат основанием для **новой** каузальной серии.

§ 34. Перерыв причинной связи. Ответственность подстрекателя за убытки

Вопрос о перерыве каузальной связи весьма важен для решения целого ряда других вопросов, относящихся к общему учению об убытках. На первом месте здесь следует поставить вопрос об ответственности подстрекателя за убыток, причиненный непосредственным исполнителем. Действие подстрекателя стоит в действительной каузальной связи с эффектом, вызванным непосредственным исполнителем. Отсюда ясно, что

подстрекатель не может избежать ответственности за убыток, причиненный деятельностью непосредственного исполнителя, потому что здесь **нет перерыва причинной связи**: подстрекатель совершил свое действие в расчете на действие непосредственного исполнителя, так что это последнее не может быть признано **новым** фактом в установленном мною выше смысле этого слова.

Совсем иным будет положение дела, если два лица, действия которых преследовали один и тот же вредный эффект и произошли одно после другого, не стояли друг к другу в отношении подстрекателя и непосредственного исполнителя. В этом случае может наступить перерыв причинной связи.

Несомненно, человек в своей деятельности при обдумывании последствий своего поступка принимает во внимание влияния, могущие быть оказанными на ход дела как со стороны других людей, так и со стороны внешних фактов иного рода. Эти влияния имеют иногда столь большое значение, что с ними неизбежно приходится считаться. Ежедневный опыт показывает, что человеческое действие легко может вызвать в другом лице мотив к известному поступку и способствовать таким путем наступлению вредного результата. При этом, конечно, легко может быть, что о подстрекательстве вовсе нет и речи. Вопрос, существует ли каузальная связь между действием одного лица и эффектом, вызванным действием другого лица, должен быть обсуждаем по принципу, установленному мною выше, т.е. с точки зрения **перерыва** каузальной связи. Другими словами, следует обращать внимание на то, могло ли лицо, предпринявшее первое действие, сколько-нибудь серьезно рассчитывать, что при обычном ходе дела будет иметь место второе действие со стороны иного лица, которое и вызовет непосредственно вредный результат. При утвердительном ответе на этот вопрос перерыва причинной связи не существует, и обязательство возмещения убытков является обоснованным. В этом случае дело складывается совершенно так же, как и при подстрекательстве. Если же на наступление второго действия при обычном порядке вещей нельзя было рассчитывать, если это действие, выражаясь иначе, составляет факт **чрезвычайный**, то мы должны признать перерыв каузальной зависимости, и первый из двух действующих субъектов за убытки не отвечает.

§ 35. Перерыв причинной связи (продолжение)

Очень интересно с теоретической стороны складывается дело, когда второе действие носит характер **деликта**. Комбинация фактов во всех других отношениях остается тою же самою, как и в предыдущем случае, т.е. хотя и не существует подстрекательства, но оба одновременных действия совокупными силами вызывают вредный эффект. Будем для краткости называть первого из действующих субъектов лицом А, а второго - лицом В.

В виде общего правила следует признать, что человек вправе руководиться в своей деятельности, если нет серьезного основания

предполагать противное, тем соображением, что другие люди будут действовать согласно требованиям закона и нравственности. Человеческая деятельность, основанная на таком соображении, является важным условием правильного хода общественной жизни. А вправе, осуществляя свою деятельность, рассчитывать, что если эта деятельность и отразится на действиях В, то последний не преступит границ, определяемых законом и моралью. Если же В, несмотря на это, совершит нарушение правовой нормы, то **в виде общего правила** этот деликт принадлежит к области событий, выходящих из нормального хода дел и обладающих чрезвычайным характером. А может с полным правом совершенно игнорировать возможность наступления такого деликта. Мы пришли, таким образом, к следующему существенному выводу. **Вызванный непосредственно деликтом лица В убыток не должен с юридической точки зрения рассматриваться как находящийся в причинной связи с действием лица А** (безразлично, является это действие лица А деликтом или нет), **если только в этом случае нет подстрекательства со стороны А или если А не совершил действия в расчете на последующий деликт со стороны В.**

Из этого общего правила следует сделать, однако, два важных исключения.

1. Если действие лица А таково, что по общим правилам житейского опыта оно с большею или меньшею вероятностью должно вызвать убыток, и если деликт со стороны лица В носит в этом отношении только дополнительный характер, то перерыва причинной связи между действием лица А и вредным результатом не существует, и лицо А подлежит в этом случае ответственности за убыток.

2. Действие лица В - такого рода деликт, против которого обыкновенно предпринимают особые меры предупредительной полиции. Действие лица А разрушает такую уже предпринятую меру предупреждения деликта. Вследствие сего деликт действительно воспоследовал со стороны лица В. В этом случае А несет ответственность за убытки. То же самое имеет место и при таком положении дела, когда известная мера предосторожности была предпринята вследствие угрожающей опасности и когда действие А разрушило эту меру. Служанка, например, отворила дверь дома, которая была заперта по случаю ярмарочного дня вследствие опасности от воров. Воры благодаря открытой двери проникли в дом и совершили похищение. Действие служанки, очевидно, до известной степени должно быть признано повлекшим убыток, и служанка отвечает за этот убыток. Данный случай является аналогичным тому, когда вследствие открытой служанкою во время грозы двери в квартиру ворвался ветер и причинил убыток. Действие воров не выступает событием чрезвычайным, на которое служанка не могла при нормальном ходе дела рассчитывать. Напротив, факты кражи во время ярмарки составляют инцидент вполне обычный.

Ответственность за убытки, конечно, должна коснуться в разбираемом случае главным образом лиц, на которых лежит обязанность заботиться о мерах предосторожности в целях избежания убытков от грозящей опасности

и которые своими положительными действиями или упущениями нарушили эту обязанность. Ответственность, впрочем, далеко не ограничивается этими лицами. Возмещать убытки при разбираемом положении вещей обязаны также все другие лица, своими действиями уничтожившие меру предосторожности и давшие этим возможность другим лицам причинить убыток. В приведенном мною выше случае вместо служанки, забывшей в ярмарочный день запереть дверь, мы можем себе представить гостя, который при посещении хозяина дома в ярмарочный день по неосторожности забыл запереть за собою дверь и дал вору возможность обокрасть хозяина. Также и этот субъект, очевидно, будет нести ответственность за убытки. Ответственность наступит здесь также и при таком положении дела, когда неосторожный гость не имел в виду даже отдаленной возможности наступления факта кражи от того, что он забыл запереть дверь. Конечно, ответственность служанки или гостя наступит лишь в том случае, если нельзя будет получить удовлетворения за убытки непосредственно от самих воров. Напротив, если хозяин кормит так плохо своих слуг, что они принуждены доставать себе пропитание кражею съестных припасов у соседа, то хозяин, в какой бы мере его поведение ни было достойным порицания, не может подлежать ответственности за убытки, потому что хозяин слуг имеет полное право предполагать в своих действиях относительно других лиц, а в том числе и слуг, что эти другие лица будут поступать в согласии с правилами закона и морали. Он имеет полное основание строить такое предположение даже несмотря на то, что он сам, предпринимая действие по отношению к слугам, уклонился от строгого следования предписаниям права и нравственности. В совершенном согласии с защищаемым мною взглядом относительно юридического значения причинной связи стоит общераспространенная точка зрения на причинную связь. Представим себе, что хозяин голодом довел своих слуг до того, что они его убили с целью обокрасть. Едва ли кто-либо будет серьезно утверждать в этом случае, что хозяин сам причинил себе смерть.

Равным образом если А без злого умысла дает лицу В яд или оружие, а В убивает таким путем С, то действие А не может быть рассматриваемо в качестве причины события. Гражданская ответственность лица А за убытки, происшедшие вследствие смерти лица С для детей последнего, наступает только в том случае, если А имел повод предполагать, что В употребит полученные им яд или оружие именно с целью учинить убийство. Только при таком положении дела действие лица А будет стоять в причинной связи с фактом убытков. Другими словами, только в этом случае мы не будем иметь **перерыва причинной связи** в установленном мною выше смысле этого слова. А не отвечает за убытки, хотя бы он даже и имел некоторое основание предполагать, что смерть С может произойти от неосторожного обращения лица В с полученными им от А ядом или оружием. А имеет право рассчитывать, что В в качестве его согражданина применяет в своих действиях требуемые в обыденной жизни предусмотрительность и осторожность. Ясно, что в той мере, в какой действие А (передача яда или

оружия) соприкасается с деятельностью В, А вполне вправе положиться на эту предусмотрительность и осторожность. Все это, однако, имеет силу в том только случае, если не существует чрезвычайных обстоятельств, которые предписывали бы А особую осторожность в своих действиях.

Защищаемое мною общее правило ответственности А за убытки в случае, когда А поставил В в положение, давшее этому последнему возможность причинить убыток, не имеет применения в том случае, когда от В для избежания им совершения вредного действия требуется бóльшая степень осторожности и предусмотрительности, чем это бывает нужно при нормальном положении дела. В этом случае перерыва причинной связи не существует, и А отвечает за убытки. Иное дело, если при такой комбинации фактов, как я только что привел, действие А было вызвано легальной или моральной обязанностью. При подобном положении дела, хотя перерыва причинной связи между действием А и вредным результатом не существует, А все-таки освобождается от всякой ответственности за убытки в силу легальной или моральной обязанности, на нем лежащей.

Для пояснения предыдущего приведу следующий пример. А упустил возможность посыпать песком прилегающий к его дому тротуар. Тротуар вследствие этого обледенел. Пешеход В видит, что прохождение мимо дома А небезопасно и сопряжено с усиленной осторожностью. Между тем он не соблюдает ничего подобного, падает и при падении разбивает ценное стекло в окне принадлежащего А дома. В этом случае убыток падает всецело на А. Неосторожность В причинила убыток. Однако эта неосторожность была вызвана предварительным действием А, не посыпавшего песком тротуар. Совершая это действие, А был в состоянии рассчитать, что инцидент легко может произойти. Он не имел никакого права полагаться на то, что пешеход обнаружит осмотрительность при ходьбе в большей степени, чем это требовалось бы при нормальных условиях, т.е. если бы тротуар был посыпан песком. А должен по этой причине нести сам причиненный ему убыток. Положение дела, в сущности, остается тем же самым, если убыток в аналогичном случае причинен третьему лицу. Тогда А должен возместить этому последнему означенный убыток. Приведу противоположный пример. У А в доме висело на стене ружье. В пришел к нему в гости, снял ружье со стены и, забавляясь с ним, убил наповал ценную собаку для охоты, принадлежащую лицу С. Перерыв причинной связи здесь наличен, так как А вправе рассчитывать на нормальное положение вещей, т.е. что его гость В обнаружит обычную осторожность и не станет неосмотрительно играть с ружьем. Ввиду наличности такого перерыва он освобождается от ответственности. Другое дело, если А даст ружье в руки малолетнего, а этот последний причинит третьему лицу убыток или если при пользовании ружьем будут нарушены во время охоты какие-либо полицейские предписания предупредительного характера и вследствие этого произойдет убыток. Во всех этих случаях на основании изложенных выше правил ответственность несет именно А.

Никакого принципиального отличия от предыдущего случая не будет и

при таком положении дела, когда В *ceteris paribus* причинил убыток непосредственно самому себе вследствие своей неосмотрительности и небрежности, нашедших себе удобную почву в порядке, созданном предшествующею деятельностью А. И в этом случае возникает тот же вопрос, кто из двух действующих субъектов должен нести убыток - лицо А или лицо В и в какой мере это лицо должно нести означенный убыток. В приведенном выше примере неосторожность В в ходьбе по не посыпанному песком тротуару не налагает на него обязанности возмещения убытков, если эта неосторожность причинила убыток третьему лицу С. Отвечает в этом случае А. То же самое будет иметь место, если В своим падением причинит убыток непосредственно самому себе. При такой комбинации отвечает по-прежнему также А.

Таким образом, на основании всего вышеизложенного мы имеем полное право сделать вывод, что перерыв причинной связи, открытой человеческим действием, произошел ли он вследствие совершения другим лицом действия, преследующего ту же самую цель, или вследствие наступления какого-либо иного факта, ведущего к той же цели, наступает при таком лишь положении дела, когда означенное действие другого лица или иное прерывающее событие произойдет **после** момента, когда открытие течения каузальной серии можно будет считать совершившимся фактом. О таком перерыве не может быть и речи, если преследующие ту же цель действия и события существуют **одновременно** с действием, открывающим течение каузальной серии. Об этих одновременно существующих действиях и событиях лицо А могло составить себе самые точные представления. Как бы ни выходили они из обычных рамок, каким бы чрезвычайным характером они ни обладали, лицо А, несмотря на это, всегда могло собрать о них необходимые справки.

При этом следует заметить, что то обстоятельство, что наряду с действием лица А к тому же самому эффекту стремятся одновременно другие действия и факты, не может затронуть причинной связи между вредным результатом и действием лица А. Утверждать противное являлось бы равносильным отрицанию возможности для человеческих действий вообще служить когда-либо причиной явления, так как без содействия внешних обстоятельств ни один человек не в состоянии достичь никакой цели. Ответственность за убытки наступает во всяком случае, хотя бы означенные действия и факты, одновременно существующие с действием лица А и преследующие тот же самый результат, и были настолько чрезвычайными и носили настолько необычный характер, что лицо А никак не могло сообразоваться с ними в своем поступке. При таком **чрезвычайном** характере этих сопутствующих действий и фактов может иметь место только одно ограничение защищаемого мною общего правила. Я имею в виду ответственность за убытки лица А лишь **в более тесном размере**, чем это имеет место при нормальном порядке вещей <1>.

<1> См. ниже, § 36.

Различие между двумя группами случаев, а именно между случаями, когда преследующие ту же самую цель факты и действия произошли **после** совершения действия лицом А, и случаями, когда эти факты и действия **уже существовали** в означенный момент времени, так глубоко коренится в самой сущности дела, что оно проникло даже в общее правосознание. Приведу пример. Вор ночью забрался в окно квартиры и зажег спичку с целью сориентироваться в темном пространстве. Комната, в которую он попал, случайно оказалась химической лабораторией и была наполнена удушливым газом. Произошел взрыв, повлекший за собою невероятный убыток. Ответственность за убыток, очевидно, должна пасть на голову вора, хотя бы он, зажигая спичку, и не подозревал даже об отдаленной возможности взрыва. В приведенном примере убыток произошел благодаря тому, что **одновременно** с действием лица А существовал иного рода факт, который содействовал наступлению вредного результата. Иначе будет обстоять дело, если мы представим себе, что комната не была наполнена газом, но вор нарочно зажег светильный газ, чтобы было удобнее при свете совершить кражу. Затем, когда вор, окончив благополучно похищение, удалился, в лабораторию пришло лицо, совершенно неопытное в обращении с газом, и неумелою рукою принялось его тушить. Вследствие этого незнания и неосторожности при тушении газа, зажженного совершенно правильно вором, произошел пожар, причинивший большой вред. В данном случае никто не возложит на вора обязанности возмещения убытка, потому что неосторожное действие лица В, непосредственно вызвавшего убыток, произошло **после** действия вора, и на него нельзя было бы при нормальном ходе дела сколько-нибудь основательно рассчитывать. Другими словами, мы имеем здесь **перерыв** причинной связи в установленном мною выше смысле этого слова.

§ 36. Ответственность не в полном объеме убытка

Приведу теперь пример, когда ответственность за убыток наступает **не в полном объеме** убытка. Лицо В, положив в шляпу во время морского путешествия деньги, по чрезмерной рассеянности и неосторожности забыло эту шляпу на скамье, находившейся на краю палубы. Лицо А по неосторожности же уронило эту шляпу вместе с деньгами в море. Нельзя отрицать, что А причинило убыток, но, с другой стороны, этот убыток был отчасти вызван обстоятельством, существовавшим уже в момент совершения лицом А своего действия. Это обстоятельство носило к тому же столь **чрезвычайный** характер, что на него при нормальном положении вещей довольно трудно было бы рассчитывать. Никто в обыкновенной жизни не сохраняет своих денег в шляпе и тем более не кладет эту шляпу в таком месте, где всякий легко может ее сдвинуть и рассыпать деньги. Справедливость требует, чтобы А в этом случае возместило только часть происшедшего убытка. Правда, здесь нельзя признать наличности перерыва каузальной зависимости, но зато мы имеем дело с **распределением** убытка

между двумя субъектами, так как очень трудно решить, кто из них в большей мере способствовал наступлению вредного результата.

В области уголовного права является неоспоримым правилом, что если существует каузальная связь между действием лица и вредным результатом, то это лицо должно нести в **полном** объеме уголовно-правовую ответственность, хотя бы наступлению вредного результата и содействовали один или несколько соучастников, которые, конечно, равным образом не избегнут применения уголовной репрессии. **Наказание не допускает распределения причиняемого им зла между несколькими лицами, участвовавшими в совершении преступления.** Причина этого явления состоит в том, что человеческое действие, как я уже раньше говорил, может вызвать желаемый эффект только в соединении с другими содействующими силами. При этом представляется совершенно безразличным, будут ли этими содействующими силами явления внешней природы или деятельность соучастников.

Совсем в ином виде представляется дело, когда речь идет не о наказании, а о возмещении убытков. Действие, имеющее своим последствием обязательство возмещения убытков, в сущности дела, с точки зрения вопроса о причинной связи мало чем отличается от действия, влекущего за собою наказание: в обоих случаях необходима помощь содействующих сил. Представим себе, что убыток причинен совокупными усилиями нескольких лиц. Если бы возмещение убытков, подобно наказанию, являлось злом, которое должно было пасть на голову совершителя вредного действия, то каждое из этих нескольких лиц должно было бы возмещать убыток в полном объеме. Но задача нашего института заключается, как мы видели, не в причинении зла совершителю вредного действия, а в исправлении содеянного им вреда. Вот почему здесь вполне допустимо распределение убытка между всеми соучастниками, если, конечно, такое распределение **фактически может быть произведено.** Иначе складывается дело, если в роли содействующих сил выступают явления внешней природы. Само собою понятно, что в этом случае при нормальном ходе дела не может быть и речи о распределении убытка между несколькими лицами. Убыток несет то лицо, которое его причинило, а содействующие силы внешнего мира **при нормальном ходе дел** в расчет вовсе не принимаются. Иначе обстоит дело, если содействующие силы - являются ли они деятельностью других людей или внешними событиями иного рода - совершенно выходят из рамок обычной жизни и приобретают **чрезвычайный** характер. В этом случае они открывают течение самостоятельной каузальной серии фактов, а потому здесь должно иметь место **распределение** убытка. Если таким содействующим фактором чрезвычайного характера служит деятельность другого лица, то убыток должен отчасти пасть на это другое лицо. Легко может случиться, что таким другим лицом будет сам потерпевший, как это мы видели в примере с упавшею за борт корабля шляпою. Тогда он сам и должен будет нести часть убытков, а другая часть убытков падет на непосредственного совершителя вредного действия. Если содействующий

фактор чрезвычайного характера состоит в чем-либо ином, а не в человеческом действии, то тогда распределение убытка производится, так же как и в предыдущем случае, между потерпевшим и непосредственным совершителем вредного действия. Здесь применяется старое правило "casum sentit dominus". Разумеется, потерпевший (dominus) несет не весь убыток, а только его часть. **Выдающаяся роль при этом распределении убытков выпадает на долю деятельности суда.**

Случаи, при которых часть убытков несет сам потерпевший, имеют весьма важное значение в практическом отношении. Наиболее часто встречаются эти случаи при отрицательной деятельности потерпевшего - при упущениях с его стороны.

§ 37. Ответственность за убытки соучастников

Я сказал уже выше, что при совершении вредного действия сообща несколькими соучастниками ответственность за убытки распределяется между ними всеми, **если это может быть произведено фактически**. На всех соучастниках тяготеет общая им всем обязанность возместить причиненный убыток. Каждый из них отвечает за **весь** убыток. Но в случае его несостоятельности остальные соучастники продолжают подлежать ответственности. Кроме того, один из соучастников, возместивший **весь** убыток, имеет полное право предъявить регрессный иск к остальным соучастникам и таким путем добиться равномерного распределения тяжести убытка <1>. защищаемая мною точка зрения по поводу допустимости регрессного иска соответствует самой природе дела, так как возмещение убытков не является новым злом, которое, подобно наказанию, неизбежно должно в полном своем размере пасть на голову каждого из соучастников, но, напротив, составляет лишь средство исправить старое зло, а эта цель одинаково хорошо может быть достигнута также и при распределении убытков между несколькими лицами, вызвавшими свою совместную деятельность эти убытки. Я должен, однако, сказать, что и римское право, и большинство современных положительных законодательств придерживаются точки зрения, противоположной выставленному мною правилу. Римское право в случае убытка, причиненного cum dolo сообща несколькими лицами, не дает регрессного иска одному из них против остальных соучастников. Прусское земское уложение <2> и Германское гражданское уложение <3> остались на точке зрения римского права. Code civil <4> проводит правильный взгляд. Швейцарский Bundesgesetz über das Obligationenrecht <5> занимает среднее положение, отдавая вопрос о допустимости регрессного иска на свободное усмотрение суда.

<1> См. "Мотивы к проекту Германского гражданского уложения" (Bd. II, с. 738 (сн. 2)); Sohm, Institutionen des römischen Rechts, с. 264 сл.

<2> Theil I, Tit. 6, § 33, 34.

<3> Параграф 830.

<4> Статья 1214.

<5> Статья 60.

Распределение убытков, как мы видели, встречается в двух случаях: во-первых, между совершителем вредного действия и потерпевшим лицом, а во-вторых, между несколькими соучастниками - под условием, конечно, сохранения для каждого из них права на регрессный иск в случае, если он уплатит больше, чем приходится на его долю, на основании правил о распределении убытков. Вопрос об этих правилах представляется чрезвычайно важным. По какому принципу должна быть определена часть убытков, падающая на долю каждого из лиц, подлежащих ответственности? Другими словами, **в какой мере** отвечает за убыток каждое из лиц, на которых падает означенная ответственность? Основание этого распределения не может заключаться в чем-либо ином, как в констатировании судом большей или меньшей меры, в которой каждое из несущих ответственность лиц содействовало наступлению вредного результата. Таким образом, основанием для определения большего или меньшего участия в тяжести происшедших убытков служит **степень участия в причинении этих убытков**.

Вигі в многочисленных своих статьях и исследованиях <1> стремится доказать, что неправильно считать одного соучастника в большей мере причинившим вредный результат, чем другого. Вигі полагает, что участие каждого из этих лиц в одинаковой мере важно для осуществления вредного результата в действительности. С точки зрения нашего автора на каузальную связь, малейшая прикосновенность ко вредной деятельности имеет такое же значение, как наибольшее в ней участие. Если, говорит Вигі, необходимо известное количество воды для того, чтобы привести мельничный жернов в движение, и лицо А проводит из своего пруда $\frac{4}{5}$ этого количества, а лицо В из другого пруда - $\frac{1}{5}$ того же количества, то нельзя утверждать, что А причинил вращение жернова в $\frac{4}{5}$, а в В - в $\frac{1}{5}$, так как ни одна из этих двух сил не может быть признана причиной явления сама по себе, но лишь в соединении с другою. Аналогичным случаем Вигі считает причинение убытка несколькими соучастниками. По его мнению, нельзя делать для решения вопроса о различии ответственности нескольких соучастников принципиальным основанием большую или меньшую степень их содействия наступлению вредного эффекта <2>.

<1> См. выше, сн. 3 на с. 167.

<2> См.: Beilageheft zum Gerichtssaal, Bd. XXXVII, с. 2.

В этом взгляде на дело много верного, хотя он, по-видимому, противоречит правилу, которое я привел выше, а именно что возмещение убытков должно быть распределено между несколькими соучастниками по мере разницы их участия в причинении вредного результата. Однако на самом деле противоречие это только кажущееся. Правда, Вигі имеет главным

образом в виду уголовную ответственность, но юридическая природа вредного действия останется в интересующем нас в настоящее время отношении той же самой, если на место уголовной ответственности мы поставим гражданскую <1>. Для возникновения вредного результата в равной мере необходима деятельность каждого соучастника. Каждый из них своею деятельностью так или иначе способствует наступлению вредного результата. Но отсюда еще далеко до вывода, что все они должны в равной мере подлежать ответственности. Вот слова самого Buri: "Sonach haften von zwei Personen, von welchen die eine 4/5 die andere 1/5 des Damms durchstochen hat, nicht die eine für 4/5, die andere für 1/5, was lediglich Eigenthumsbeschädigung sein würde, sondern jede für die von ihr ganz verursachte Ueberschwemmung, und erst bei Aufmessung der Strafe für das Ganze kann im Hinblick auf die im grösseren oder geringeren Umfang geäußerte Intensität des Willens der geäußerte grössere oder geringere Umfang der Thätigkeit in Betracht gezogen werden".

<1> Сам Buri говорит о гражданской ответственности с той же самой точки зрения в: Beilageheft zum Gerichtssaal, Bd. XXXVII, с. 3.

Из этих слов Buri мы видим, что для определения меры наказания каждого соучастника он рекомендует обращать внимание на интенсивность воли, выражаясь иначе, на субъективный момент виновности. Мы уже знаем, что для определения размера ответственности за убытки момент вины не играет никакой роли. Об этом я в своем месте подробно говорил. Если же элиминировать субъективный момент вины, то останется только одно основание для определения размера ответственности - объективный момент причинной связи.

§ 38. Lucri cum damno compensatio

Вопрос о причинной связи стоит в близком отношении еще к одному вопросу, имеющему некоторое значение для общего учения об убытках. Я имею в виду *lucri cum damno compensation* <1>. Я должен, однако, заметить, что подробное изложение этого вопроса выходит из рамок настоящего исследования. В какой мере может быть покрыт убыток, причиненный вредным действием, выгодою, принесенною этим вредным действием наряду с убытком потерпевшему лицу? Установленное мною выше понятие **перерыва** причинной связи имеет одинаковое значение как для вопроса об убытках, так и для вопроса о выгодах. Другими словами, каузальная связь между действием лица и принесенною этим действием выгодою должна быть обсуждаема по тому же самому принципу, как и каузальная связь между действием и вызванным им вредным результатом. Выгода, покрывающая убыток, должна стоять в каузальной связи с действием, вызвавшим убыток. Напротив, если выгода обусловлена событием, прервавшим причинную

связь, то она не должна быть принимаема в расчет при взыскании убытков.

<1> Oertmann, Die Vortheilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch, 1901.

Поясню сказанное примерами. Лицо А разбило ценное окно в квартире лица В. А обязан возместить В происшедший убыток, т.е. стоимость стекла и пр. Дело не изменится от того, что в комнату лица А случайно влетела через разбитое окно дорогостоящая певчая птица. Ценность этой птицы не может служить основанием для уменьшения размера возмещаемого убытка. Это потому, что между действием В (разбитие стекла) и между фактом появления в квартире птицы причинной связи в **установленном мною смысле** не существует, а наступил ее перерыв. Появление птицы в квартире А произошло неожиданным образом и составляет событие до того чрезвычайное, что на него никак нельзя было при обычном ходе дел с некоторою основательностью рассчитывать. Только такая выгода, но полученная потерпевшим, может влиять на понижение размера возмещаемого ему убытка, наступление которой могло предвидеть с известным вероятием лицо, совершившее вредное действие. В противном случае наступает перерыв причинной связи. Вопрос решается при этом совершенно **аналогично** случаю, как если бы птица, влетевшая при означенных обстоятельствах в комнату, не только не принесла лицу А вследствие своей малоценности никакой ровно выгоды, но, напротив, каким-либо образом увеличила уже причиненный ему разбитием окна убыток. Лицо В не отвечает при таком положении дела за нанесенный птицею убыток на основании **изложенных мною в своем месте правил о перерыве каузальной связи**. Другой пример. Хозяин из сострадания дает своему обокраденному ворами слуге денежную сумму, которая могла бы несколько утешить слугу, возместив ему часть понесенной им потери. Вор, против которого слуга предъявил иск об убытках, не может просить суд об уменьшении объема присуждаемых убытков, ссылаясь на полученную потерпевшим выгоду в виде денежного подарка от хозяина. Здесь мы опять-таки присутствуем при перерыве причинной связи, так как подарок господина слуге не представляет при означенных обстоятельствах явления обычного, на которое вор, совершая вредное действие, мог бы до известной степени рассчитывать. Еще пример. Некто А ранил эмигранта в тот момент, когда он был готов сесть на корабль с целью отплыть в Америку. Эмигрант должен был вследствие раны отложить путешествие и вместо корабля попал в больницу. Корабль, на котором эмигрант собирался ехать, постигло несчастье, и он потонул вместе с грузом и пассажирами. Лицо, причинившее рану, ссылается на полученные потерпевшим выгоды, вполне покрывающие нанесенный ему убыток. Это заявление лица А не может быть принято во внимание, так как между поранением эмигранта и полученною им выгодою произошел перерыв причинной связи: гибель корабля - событие **чрезвычайное**, на которое лицо А не могло рассчитывать, нанося рану

эмигранту. Вопрос должен быть обсуждаем здесь в полной **аналогии** со следующим случаем. Корабль, на котором эмигрант собирался ехать и на котором он вследствие полученной им раны не поехал, вполне благополучно прибыл в Америку, но потерпел несчастье именно тот корабль, на котором эмигрант отправился в дорогу, выйдя по излечении раны из больницы. Возмещение убытков в пользу эмигранта, который хотя и спасся, но потерял свой багаж, не может иметь места, так как здесь существует перерыв причинной связи ввиду того, что кораблекрушение - событие, выходящее из рамок нормального течения явлений повседневной жизни.

Печатается по: Кривцов А.С. Общее учение об убытках. Юрьев: Типография К. Маттисена, 1902. С. 72 - 147.

/"Вестник гражданского права", 2016, N 1/

§ 39. Цель института возмещения убытков

Цель института возмещения убытков состоит не в том, чтобы уничтожить сам факт вредного действия.

Убыток, раз происшедший, никаким способом заглажен быть не может. Целью нашего института является лишь **распределение вреда**, вызванного причинением убытков, между лицами, которых касается вредная деятельность с той или с другой стороны, в качестве ли потерпевших субъектов или в качестве лиц, принимавших участие в осуществлении вредной деятельности. Кто должен **окончательно** нести невыгодные последствия вредной деятельности - вот вопрос, составляющий главную задачу теории возмещения убытков. На этот вопрос дает ответ все мое предыдущее изложение. Я все время старался доказать, что в этом отношении главное значение должно быть придано **каузальному моменту**. Субъективный момент вины играет с этой точки зрения второстепенную роль. В доказательство правильности моей мысли достаточно напомнить ответственность неменяемых лиц за причиненный ими убыток.

Ответственность за убыток по общему правилу несет лицо, в чьих целях вредная деятельность совершается. На основании этого правила освобождается от ответственности тот, кто причиняет убыток, не преследуя при этом личного интереса, но в целях исполнения лежащей на нем легальной или моральной обязанности. Ответственность за убытки ограничивается моментом **причинной связи**. Когда говорят о причинной связи в юридическом смысле, вовсе не имеют при этом в виду бесконечного ряда непрерывно следующих одного за другим событий, связанных взаимно отношением причины и следствия. Философское понятие причинной связи, конечно, служит основанием к выяснению понятия причинной связи, необходимой для ответственности за убытки. Другими словами, для того чтобы иметь право сказать, что человеческое действие вызвало вредный

результат, необходимо, разумеется, доказать, что это действие связано с вредным результатом крепкими узами причины и следствия, принимая эти термины в обычном их смысле. Но так как физическая или механическая каузальная связь простирается до бесконечности, для пользования этим понятием в области науки права его следует значительно сузить, чтобы придать ему практический характер, присущий этому понятию при обсуждении реальных явлений действительной жизни. Известные обстоятельства способны **прервать** причинную связь в юридическом смысле, хотя бы с чисто физической и механической точки зрения она еще продолжала свое течение. Обращусь к рассмотрению случаев *damnum sine culpa*.

§ 40. Возмещение убытков невменяемыми лицами

Прежде всего сюда относится обязательство возмещения убытков **невменяемыми лицами**. Большого практического значения этот случай, конечно, не имеет, но он чрезвычайно интересен с теоретической стороны, так как при его обсуждении нельзя оперировать моментом вины. Положительное законодательство по этому вопросу представляется весьма различным. Римское право решало его отрицательно.

L. 61 D. 26, 7: "Impune autem puto admittendum, quod per furorem alicuius accidit, quo modo si casu aliquo sine facto personae id accidisset".

L. 5, § 2 D. 9, 2: "Et ideo quaerimus, si furiosus damnum dederit an legis aquiliae actio sit? Et Pegasus negavit: quae enim in eo culpa sit, cum suae mentis non sit? Et hoc est verissimum. <...> Sed et si infans damnum dederit, idem erit dicendum".

L. 60 D. 6, 1: "Quod infans vel furiosus possessor perdidit vel corruptit, impunitum est".

Места источников, приводившиеся в прежнее время в доказательство противного, не заслуживают, как справедливо замечает Vangerow <1>, даже и внимания. Наиболее часто ссылаются на L. 46 D. 44, 7: "Furiosus et pupillus, ubi ex re actio venit, obligantur etiam sine curatore, vel tutoris auctoritate, veluti si communem fundum habeo cum his, et aliquid, vel damnum in eo pupillus dedit: nam iudicio communi dividendo obligabuntur". По поводу этого фрагмента я замечу, что он вовсе не имеет в виду случая обязательства возмещения убытков, как это можно видеть из слов "ex re actio". Основанием ответственности служит особое отношение, существующее между истцом и невменяемым субъектом, а именно в приведенном примере отношение собственности. Взгляд Vangerow'a получил всеобщее признание и укоренился в литературе предмета: невменяемое лицо по общему правилу не подлежит в римском праве гражданской ответственности за причиненный им убыток. Этот принцип вызывает недоумение следующего рода. Почему римское право, делая невменяемого ответственным за вред, причиненный принадлежащим ему животным, освобождает его в то же время от всякой ответственности за вред, причиненный им самим? Господствующая теория

обязательства возмещения убытков не дает никакого ответа на этот вопрос, весьма легко разрешаемый с принятой мною точки зрения. Здесь должно быть обращено внимание на **момент цели**. Животное причиняет вред не в целях и не в интересе невменяемого, тогда как сам невменяемый причиняет вред, хотя и без наличности момента вины, но он делает это в **своем** интересе и в **своих** целях, а потому и подлежит, согласно принятой мною точке зрения, ответственности за этот вред.

<1> Pandekten, Bd. III, c. 37.

Новые законодательства, в противоположность римскому праву, придерживаются того принципа, что невменяемый должен по общему правилу нести ответственность за причиненный им убыток. Писатели школы естественного права мотивировали этот принцип соображением <1>, что вредоносная деятельность является нарушением права в субъективном смысле, принадлежащего дамнификату, но эта мотивировка является неправильною, так как она смешивает понятие гражданского правонарушения с понятием обязательства возмещения убытков. В недавнее время вопрос был подвергнут снова тщательному исследованию со стороны Unger'a <2>. Этот автор справедливо замечает, что ответственность не может иметь своим основанием чисто механической каузальности <3>, так как "в современном праве, - говорит он, - момент вины и каузальный момент, субъективный и объективный принципы возмещения убытков не совпадают". Самому Unger'у, однако, не удалось указать действительного основания ответственности невменяемых лиц в интересующем нас случае. Он стремится найти такое основание, как он выражается, не в прежнем "субъективно-этическом", но в "объективно-социальном" моменте <4>: "Die ratio fur die in Rede stehende vertheilung der Schadenlast liegt in der Rucksicht auf das Verhaltniss des beiderseitigen Vermögensstandes: demjenigen wird der beiderseits unverschuldete Schaden aufgebudet, welcher ihn nach seiner Vermögenslage leichter tragen kann". Против этого, продолжает Unger, можно, по-видимому, возразить, что таким путем придается юридическое значение чисто экономическим явлениям богатства и бедности, но это возражение наш автор парализует, сославшись на господствующий в современном праве гуманный дух, по которому задача государства состоит в том, чтобы помогать экономически более слабым, а область гражданского права равным образом должна, насколько возможно, осуществлять принцип "richesse oblige" <5>. По поводу этой теории можно сделать следующие замечания. Во-первых, существует целый ряд законодательств <6>, вовсе не обращающих никакого внимания на сравнительное богатство или бедность лиц, выступающих в гражданском обороте. К ним точка зрения Unger'a, очевидно, применена быть не может. Во-вторых, даже в тех законодательствах, которые считаются с принципом экономической состоятельности, далеко не один этот принцип положен в основание конструкции. Приведу в виде примера Pr. A. L. R. (I, 6, § 43). В этом

параграфе Прусского уложения имущество сумасшедшего дамнификанта принимается в расчет лишь настолько, насколько речь идет о необходимом для его существования *existenz-minimum'e*. К тому же следует считать этот взгляд сильно преувеличенным, так как Unger видит безусловно во всех постановлениях закона, касающихся возмещения невменяемыми лицами причиненного ими вреда, попытку со стороны государства разрешения принятой им на себя задачи оказывать помощь экономически слабейшему. Напротив, связь этих постановлений закона с так называемым социальным вопросом является, как я думаю, весьма отдаленною. Наконец, Unger вовсе не объясняет причины, почему государство устанавливает ответственность независимо от наличия вины **именно в том случае**, когда дамнификант невменяем, и почему оно не поступает точно таким же образом и в других случаях. Он ограничивается по этому поводу мало кого удовлетворяющими общими словами, что в области права вообще и особенно в области учения о возмещении убытков нельзя считаться исключительно с формально-логическими требованиями, но необходимо, насколько это является возможным, удовлетворять запросам практической жизни <7>. На это можно возразить, что в том-то и состоит вопрос, почему эти запросы практической жизни дают себя чувствовать именно по отношению к невменяемым лицам и не могут в аналогичных случаях быть приняты во внимание по отношению к лицам вменяемым. Pfaff <8> старается дать ответ на этот вопрос, но едва ли его попытка может быть признана удачною. "Dass der Zurechnungsfähige, - говорит Pfaff, - der Regel nach, wo ihn kein Verschulden trifft, für seine schadenbringende Thatigkeit nicht haftet, ist dem gegenüber [т.е. в сравнении с ответственностью в подобных же случаях невменяемых лиц] keine Inkonsequenz. Denn eben darin, dass er für alles Verschulden verantwortlich ist, liegt ein ungemein weit gehender Schutz Anderer, an dessen Stelle rücksichtlich der Zurechnungsunfähigen der im § 1310 gewährte Schutz tritt; des Zurechnungsfähigen pflichtmassige Dilligenz muss ja eben so weit gehen, dass das, was in Folge seiner Thatigkeit dennoch zum Schaden eines Anderen ausschlagt, nicht mehr auf seine Schuld zurückgeführt werden kann". Таким образом, невменяемое лицо, несущее на основании § 1310 Австрийского гражданского уложения обязанность возмещения убытков, подлежит, по Pfaff'у, ответственности в значительно более тесных границах, чем это должно быть признано в аналогичных случаях по поводу нормального человека. С этим толкованием § 1310 никоим образом нельзя согласиться. Напротив, именно невменяемый несет ответственность в гораздо более широких границах, так как он отвечает за убытки даже при полном отсутствии момента вины. В этом отношении Unger вполне прав, защищая мысль, что при ответственности невменяемых за убытки дело идет о "повышении ответственности" <9>.

<1> См., например: Zeiller, Commentar, Bd. III, с. 706.

<2> Unger, Handeln auf eigene Gefahr, 1893, с. 134 сл.

<3> L. с., с. 138.

- <4> Grunhut's Zeitschrift, Bd. VIII, с. 237 сл.
- <5> L. с., с. 140.
- <6> См.: Pfaff в: Grunhut's Zeitschrift, Bd. VIII, с. 724.
- <7> L. с., с. 140 (сн. 18).
- <8> Grunhut's Zeitschrift, Bd. VIII, с. 723.
- <9> L. с., с. 132.

Между тем с точки зрения **момента цели** интересующий нас вопрос находит себе прекрасное объяснение. В самом деле, сумасшедший или вообще невменяемый приводит в движение силы, которые причиняют другому вред. Ответственность возникает здесь только на том основании, что это сделано с целью удовлетворить интересам именно **того лица**, которое вызвало действие этих сил. Означенные интересы с объективной стороны могут быть по своему значению весьма различными. У того, кто невменяем по причине сумасшествия, таким интересом является не что иное, как стремление пользоваться большею свободой в действиях, чем ему это позволено. Это интерес с объективной стороны весьма слабый. Вот почему в этом случае момент цели должен быть признан весьма слабым основанием для возложения на сумасшедшего ответственности за причиненный им вред. Для того чтобы возложить на него обязанность возмещения убытков в качестве эквивалента за ту свободу в действиях, которою он воспользовался, необходимо предположить, что эта свобода в действиях ограничена обществом в известной мере и в известном отношении вопреки его интересам. У того, кто невменяем на основании малолетства, интерес в свободе действий является более сильным вследствие большего значения, которое имеет для него подобного рода свобода. С этой точки зрения все выражения такой свободы, насколько они причиняют другому вред, должны быть рассматриваемы предпринятыми в собственном интересе малолетнего, и вследствие этого обстоятельства последний и несет обязанность возмещения убытков. Однако не следует упускать из виду того соображения, что и в этом случае, так же как в предыдущем (причинение вреда сумасшедшим), интерес малолетнего относительно свободы действий выступает в столь общей и неопределенной форме и является все-таки настолько слабым, что при наложении на него ответственности по поводу возмещения убытков должна быть соблюдаема известная осторожность, "certus modus est servandus".

Ввиду того, что невменяемые лица не способны сами определять меры необходимой для них свободы действий, ответственность за убытки, которую несут эти лица, зависит от определения такой меры иным путем. В этом отношении важную роль играют их опекуны и попечители. Эти последние могут легко оказаться виновными в том, что они недостаточно точно и осмотрительно определили только что упомянутую меру свободы действий. При таком положении дела является вполне справедливым возложить на них ответственность за убыток, так как момент вины сильнее связывает деятельность с волею лица, чем момент цели, а в разбираемом случае момент

вины указывает на личность опекуна или попечителя, а момент цели - на неменяемое лицо, интересам которого деятельность служит. Таким образом, ответственность, которую несет сумасшедший или малолетний, отличается исключительно субсидиарным характером. Она должна иметь место **только** в том случае, если опекун или попечитель не упустил предпринять всех зависящих от него мер с целью помешать его опекаемому совершить какое-либо вредное действие. Для наступления ответственности неменяемых лиц за причиненный ими убыток необходимо, чтобы мера свободы их действий была определена с желаемой точностью. Если такая свобода введена в строгие границы и если, несмотря на это, вредное действие будет совершено, можно с полным правом возложить на них ответственность за происшедший вред.

На первый взгляд может показаться, что в разбираемых случаях объективная цель деятельности выступает в столь слабой форме, что, несмотря на наличность фактического результата деятельности (вред), вовсе нельзя относить ее к лицу, ее проявившему. Казалось бы, что для оправдания ответственности можно с равным правом воспользоваться понятием вины в том смысле этого слова, который представляет нечто среднее между виной в собственном смысле и между причиной, и что можно именно в этом значении слова "вина" признать за неменяемым вину во вреде. Подобного рода конструкция, несомненно, стоит ближе к господствующему пониманию дела. Но наука нуждается в более точном определении понятия вины, и с этой точки зрения означенное признание вины у неменяемого является фикцией. Вот почему наука должна постараться найти иное объяснение ответственности неменяемых за вред. Эта задача разрешается сделанным мною указанием на то, что сам неменяемый имеет известный интерес в совершении вредных действий, так как он этим проявляет свою ограниченную свободу. Само собою понятно, что всякое действие, совершаемое им вопреки этому ограничению, уже по одной этой причине является для него благом, происходит в его интересе. Вот почему такое действие с точки зрения гражданской ответственности должно быть поставлено ему на счет и признано его **собственным** действием, за вредные последствия которого именно **он** должен нести ответственность. Правда, нормальный человек имеет интерес в гораздо большей свободе действий, чем малолетний или сумасшедший, но при этом свободу действий следует понимать в широком смысле. Что же касается свободы действий в тесном смысле, т.е. в смысле свободы движений, то в этом отношении интерес нормального человека не является столь значительным. В самом деле было бы абсурдом возлагать на него ответственность за каждое движение тела или невольное действие, которое от него исходит, и видеть в таком поступке реализацию его объективной цели, его собственных интересов, его собственной деятельности. Отсюда вытекает кажущаяся несообразность, заключающаяся в том, что нормальный человек несет меньшую ответственность, чем неменяемый субъект, так как первый не отвечает за такие невольные действия, а последний несет в этом отношении

ответственность. Это противоречие рассеивается соображением, что только у невменяемого существует интерес в возможности совершения этих действий. Интерес в свободе движения, выпадающий на долю невменяемого, имеет **для него** гораздо большее значение, чем соответствующие чисто механические движения для нормального человека. Если свобода действий, предоставляемая невменяемому, приносит другому вред, а равным образом и ему самому вследствие лежащей на нем обязанности возмещения убытков, то эквивалентом для него является свобода действий, которая хотя бы на время избавляет его от тяготеющего над ним стеснения его личности. Этот эквивалент, разумеется, сопровождается столь большим значением, что он может вполне уравновесить всю невыгоду, проистекающую для него вследствие совершенных им действий. Напротив, нормальный человек, если он по оплошности причинил невольно своим действием вред, не имеет по общему правилу никакого особенного интереса в его совершении, а именно интереса применять, подобно сумасшедшему, свои физические силы для разрушения искусственных преград, мешающих ему развивать свою деятельность. Нормальный человек имеет значительно меньший интерес в таком чисто физическом пользовании силами своего организма, чем ненормальный. Вот почему вред, причиненный означенною чисто механическою каузальностью, является по отношению к первому моментом чисто случайного характера, лежащим совершенно вне его деятельности, тогда как в отношении ко второму тот же самый вред выступает в качестве естественного продукта **его собственной** деятельности - и это потому, что невменяемое лицо пользуется свободою действий в качестве **особого** блага. Наличие у невменяемого лица специфического интереса к физической свободе действий и отсутствие такого интереса у человека вменяемого ясно вытекают из того, что нормальным положением первого является ограничение или совершенное исключение такой свободы, а нормальным положением последнего - неограниченность этой свободы. Аналогичным является следующий случай. Заключение в тюрьму имеет **право** периодических прогулок по тюремному двору. Это право принадлежит ему потому, что именно он имеет специфический интерес в такой свободе действий. Этот интерес хотя и в слабой степени, но возведен на уровень права в субъективном смысле, т.е. получает юридическую защиту. Между тем нельзя говорить о санкции законом обыкновенных человеческих прогулок, так как в этом отношении можно указать только на общее запрещение мешать другому пользоваться свободою в движениях. С правильной точки зрения ответственность невменяемого лица за причиненный им вред покоится единственно на правиле, что следует считать совершившимся в интересе какого-либо лица все то, что для него имеет известную цену. Физическая свобода действий имеет цену для невменяемого и для заключенного в тюрьму, но не имеет никакой цены для человека вообще. По отношению к этому последнему такая свобода действий является вполне естественною. Вот почему закон, позволяющий ему свободу действий, не имел бы для него ровно никакой цены. Каждый человек ценит

только то, что для него в той или в другой мере является запрещенным. Понятно само собою, что физическая свобода в действиях имеет цену (конкретный интерес) для невменяемого, но не для вполне нормального человека, пользующегося такою свободою в неограниченном размере. Из всего сказанного вытекает, что право в объективном смысле может возложить на невменяемого ответственность за вредные последствия совершенных им действий только на том основании, что эти действия являются прямым выражением отнятой у него свободы, которая приобретает для него тем большую цену, тогда как, напротив, нет никакой причины возлагать на нормального человека ответственность за вред, причиненный его невольными действиями.

До сих пор мы рассматривали те случаи, когда обязательство возмещения убытков возникает для лиц, являющихся невменяемыми вследствие душевной болезни или малолетства. Теперь нам предстоит разобрать случаи, когда кто-либо приходит в состояние столь помраченного сознания, что не помнит себя и в таком виде причиняет другому убыток. Господствующий в литературе предмета взгляд признает обязанность такого лица возместить весь происшедший убыток совершенно на том же основании, как это имеет место в прежде разобранных случаях ответственности невменяемых лиц <1>. Кроме того, обыкновенно основывают в данном случае ответственность также с точки зрения момента вины. При этом считают, что вина в совершении вредного действия *implicite* заключена уже в вине, состоящей в приведении известным лицом себя в бессознательное состояние, например в опьянение. В этом случае господствующий взгляд едва ли является правильным. В самом деле у лица, сознание которого помрачено, не существует никакого интереса в совершении вредного действия, так как здесь не может быть и речи о какой-либо особенной пользе для него в совершении этого действия в противоположность тому, как это действительно бывает, согласно сказанному мною выше, в случаях с малолетним и с сумасшедшим. Дамнификант в случае, нас интересующем теперь, за исключением случайного помрачения сознания, вполне обладает умственными способностями и не подлежит, подобно только что означенным лицам, стеснению в свободе своих действий, а потому, с моей точки зрения, все совершенные им действия, которые не могут быть поставлены ему в вину, не должны навлекать на него никакой ответственности, а должны считаться за "casus" <2>. Я делаю исключение только в двух случаях: во-первых, ответственность наступает, если будет точно доказано, что какое-либо лицо привело себя **умышленно** в состояние невменяемости именно с целью в таком виде причинить другому убыток; во-вторых, она имеет место также в том случае, когда у дамнификанта можно констатировать наличность какого-либо **особого** интереса в совершении этих действий, причем, само собою понятно, этот интерес будет иной, чем интерес, лежащий в основании ответственности сумасшедшего или малолетнего. Разумеется, как первое, так и второе исключение на практике будет встречаться очень и очень редко.

Если же принять господствующую точку зрения по этому вопросу и считать при временном помрачении сознания обоснованной ответственность за причиненный вред, то, чтобы оставаться последовательным, необходимо положить в основание такой ответственности чисто случайный момент вреда, а тогда пришлось бы признать **в виде общего правила** существование ответственности также для лиц, находящихся в состоянии полного сознания, если только означенный случайный момент вреда будет налицо, несмотря на то что в то же время *culpa* совершенно отсутствует. Между тем, хотя, как мы увидим ниже, также и по отношению ко вменяемым лицам возможно признание ответственности за убытки на основании момента цели и при полном отсутствии момента вины, такие случаи никоим образом не могут быть признаны **общим правилом**, но составляют **только одну** из двух групп относящихся сюда явлений.

<1> См.: Windscheid, Bd. I, § 101, сн. 13.

<2> Другого мнения - Unger (I. с., с. 137).

Оригинальную аргументацию по интересующему нас вопросу об ответственности невменяемых лиц мы встречаем у Strohal'я <1>. Случай, рассматриваемый этим автором, состоит в следующем. Заключен договор найма, причем нанимателем выступает лицо, страдающее временными припадками сумасшествия. Необходима ли наличность особого рода обеспечения (*cautio*) со стороны этого лица в пользу наймодателя на тот случай, если наниматель в таком припадке душевной болезни действительно причинит ему убыток? Наш автор отвечает на этот вопрос отрицательно и полагает, что ответственность при разбираемом положении дела наступает во всяком случае, хотя бы даже и не было дано со стороны нанимателя никакого специального обеспечения (*cautio*). Он аргументирует эту ответственность соображением, что если бы она не имела места, то никто не захотел бы заключать никакого договора с лицом, страдающим временными припадками сумасшествия, так что прямой интерес этого лица требует признания ответственности за убыток, причиненный им в состоянии невменяемости.

<1> Drei Gutachten, с. 150.

§ 41. Возмещение убытков, причиненных *sine culpa* при заключении юридических актов

Обязательство возмещения убытков, возникающее по отношению к вменяемым лицам при полном отсутствии какой бы то ни было вины с их стороны, встречается наиболее часто, когда изъявление воли или вовсе не соответствует действительной воле лица, делающего это изъявление, или же не соответствует в той форме, в которой оно получило внешнее выражение. Напомню случай, когда внешнее выражение воли является результатом чисто рефлексивного движения какого-либо органа, когда, например,

оговариваются или же когда изъявление воли искажается путем механических средств передачи, как это бывает, например, в случае искажения текста телеграммы. В виде примера может также служить выпуск в обращение такого фиксированного на письме изъявления воли, которое лицо, изъявившее волю, хотело еще попридержать, например, если был выпущен против воли и без ведома доверителя акт доверенности, им уже подписанный, но лежавший пока у него в портфеле. Кроме того, весьма возможно, что внешнее изъявление воли на первый взгляд соответствует ей в том виде, в котором она действительно имеет место, но при более внимательном рассмотрении дела оказывается, что такого соответствия не существует. Я могу в виде примера указать на симулированные сделки. Упомянем также о недоразумениях вследствие недостатка знания филологического значения слов, употребляемых при совершении актов, или же об ошибках в монете, мере, весе и т.д. Сюда же относится случай, когда кто-либо подписывает по ошибке документ, не имея ровно никаких сведений о его содержании, и если впоследствии содержание оказывается совершенно иным, чем он предполагал. Мы не будем по поводу всех перечисленных мною случаев входить в ближайшее рассмотрение вопроса, как должно быть определяемо содержание ответственности. Изъявившее волю лицо может быть, во-первых, принуждено к исполнению юридического акта. Это, по-видимому, применяется только при *dolus* и *culpa lata*. Оно может быть принуждено, во-вторых, к возмещению убытков, возникших вследствие неисполнения сделки, или же, в-третьих, к уплате "отрицательного договорного интереса". Первый случай нас, очевидно, вовсе не касается. Для нас представляются интересными только второй и третий случаи. Ответственность регулируется здесь по принципу *bona fides*. Если возможно отступить от сделанного изъявления воли, не причиняя этим никому вреда, то право должно признать такое отступление. Если же это невозможно, то существуют налицо все условия для возникновения обязательства возмещения убытков. При этом должны быть принимаемы в соображение обстоятельства самого разнообразного характера. Так, например, *negotia lucrativa* при указанном положении дела по общему правилу вовсе не вызывают никакой ответственности. Затем, как при онерозных, так и при лукративных сделках - безразлично, ответственность не будет применяться в том случае, если адресат не найден. По этому поводу и по поводу других аналогичных обстоятельств можно сделать целый ряд различных замечаний, но они слишком далеко отвлекли бы в сторону от непосредственно занимающего нас предмета.

Нас интересует вопрос об основании ответственности в тех из перечисленных выше случаев, когда содержание этой ответственности может быть названо обязательством возмещения убытков. Ясно, что таким основанием не может являться момент вины. Точка зрения вины ведет здесь к явному абсурду - признанию, например, кого-либо виновным за то, что он положился на телеграф, заключил договор *inter absentes* и т.п. <1>. Windscheid <2> вполне основательно игнорирует в этих случаях момент

вины. Он защищает тот общий принцип, что лицо, изъявившее волю, должно отвечать за то доверие, которое изъявление воли возбуждает в другом лице, если это последнее будет действовать в полном убеждении, что юридический акт состоится, "eben weil er dasselbe in dem Gegner erregt, weil er ihn dazu bestimmt hat". Таким образом, в случаях, которые имеет в виду Windscheid, основанием ответственности является каузальный момент, причем вина вовсе отсутствует. Правило Windscheid'a включает в себе общий принцип, который, однако, далеко не всегда может быть проведен на деле. Непосредственно за только что приведенными мы находим у Windscheid'a еще следующие слова: "...durch diese Bestimmung ubernimmt er die Garantie fur die Folgen desselben". По-видимому, именно в этой гарантии Windscheid видит основание для ответственности. Но если даже предположить, что гарантия, которую имеет в виду Windscheid, действительно **принята** на себя лицом, изъявившим волю, то эта "гарантия" является не менее фиктивным основанием ответственности, чем culpa in contrahendo. Оферент несет риск. В этом смысле можно сказать, что он гарантирует то, что сделка состоится. Однако было бы совершенно неточным способом выражения, если бы мы сказали, что он **принял** на себя такую гарантию. Теперь возникает следующий вопрос: если оферент несет риск и если он в то же время не принимал на себя по этому поводу никакой гарантии, то что за причина этому явлению? Для того чтобы получить ответ на этот вопрос, недостаточно сослаться на каузальный момент, но необходимо указать ту сторону этой каузальности, которая может заменить момент вины с точки зрения обоснования ответственности. Мне кажется, что в случае, когда момент вины является недостаточным для обоснования ответственности, т.е. если несоответствие между волею и ее внешним выражением не может быть поставлено в упрек лицу, изъявившему волю, и если, несмотря на это, право в объективном смысле требует возложения на это лицо указанной ответственности, она находит себе объяснение в общем принципе, что действие произошло в интересе лица, изъявившего волю, **в его целях**. Другими словами, основанием ответственности служит обстоятельство, что оферент в **своих** целях предпринял действие, причинившее убыток. Отсюда само собою вытекает, что если в приведенных выше случаях отсутствует момент вины и если в то же время не существует у действующего субъекта никакого особенного интереса или цели, которые могли бы обосновать ответственность, то признание этой последней является вполне неправильным. Простой факт, что одно лицо понесло убыток вследствие проявления воли другого лица, не может сам по себе служить достаточным основанием к возложению на это последнее обязанности возместить убыток, который, если не принимать во внимание ни момента вины, ни момента цели, может быть соединен с означенным изъявлением воли лишь чисто внешним образом. Требование общественного интереса, заключающегося в том, "чтобы можно было положиться на сделанные изъявления воли", не является безусловным, но ограничивается другим и противоположным общественным интересом, который состоит в том, чтобы можно было положиться на то, что

не всякий факт, по внешности походящий на изъявление воли, необходимо сопровождается юридическими последствиями, связанными с означенным изъявлением воли. В разбираемом вопросе задача законодателя именно и состоит в том, чтобы быть посредником между этими двумя противоположными друг другу требованиями общественного интереса. В этом отношении предложенное мною основание ответственности представляет наилучшее разрешение этой задачи.

<1> См.: Koppen, Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden, с. 249.

<2> Windscheid, Bd. II, § 307, сн. 5.

§ 42. Возмещение убытков, вызванных извинительной ошибкой

Убыток может возникнуть при отсутствии момента вины также вследствие действий, не носящих характера юридических актов. Это бывает во всех случаях, когда кто-либо, находясь в извинительном заблуждении, думает, что он уполномочен совершить определенное действие, а между тем это действие приносит другому вред. В римском праве при таком положении дела вовсе не существовало никакой ответственности <1>. Unger думает, что обязательство возмещения убытков является в подобном случае требованием справедливости: тот, кто допустил **ошибку**, должен нести риск по поводу убытков, возникших вследствие этой ошибки <2>. Однако это принцип, который не может быть применен во всех случаях в виде общего правила. Дело в том, что далеко не **каждая** ошибка имеет такое значение. Не говоря уже о том, что извинительная ошибка **только в том случае** вызывает обязательство возмещения убытков, если действующий под ее влиянием субъект имеет какой-либо особый интерес в поступке, вызванном ошибкой, даже и при таком положении дела, когда ошибка должна быть признана неизвинительной, она вызывает обязательство возмещения убытков не сама по себе, а только потому, что в этом случае она может быть подведена под точку зрения вины. Другими словами, если вместе с Unger'ом <3> выдвигать вперед момент ошибки, то мы все-таки неизбежно придем или к моменту вины, или к моменту цели. Если вина отсутствует, то для признания ответственности необходимо, чтобы действующее лицо имело в совершении вредного действия **интерес** (момент цели), достаточно интенсивный в сравнении с **риском**, выпадающим на долю этого лица вследствие обязательства возместить происшедший убыток. При этом замечу, что если между интересом в совершении вредного действия и риском по этому поводу будет слишком большее несоответствие, то факту вреда с юридической точки зрения должен быть приписан чисто случайный характер. Само собою разумеется, что в этом случае не должно наступать никакой ответственности.

<1> Windscheid, Bd. II, § 455, сн. 13.

<2> L. с., с. 50 сл.

<3> L. с., с. 51 сл.

§ 43. Крайняя необходимость в гражданском праве

К числу случаев, в которых обязательство возмещения убытков возникает на основании действия, не могущего быть поставленным в вину его совершителю, следует причислить и тот случай, когда кто-либо, находясь в состоянии **крайней необходимости**, повреждает чужую вещь с целью спасти свою вещь. В Риме не признавалось за дамнификатом в этом случае права на возмещение убытков.

L. 29, § 3 D. 9, 2: "Item Labeo scribit, si cum vi ventorum navis impulsas esset in funes anchorarum alterius et nautae funes praecidissent, si nullo alio modo, nisi praecisis funibus explicare se potuit, nullam actionem dandam".

L. 49, § 1 D. 9, 2: "Quod dicitur damnum iniuria datum Aquilia persequi, sic erit accipiendum, ut videatur damnum iniuria datum, quod cum danmo iniuriam attulerit: nisi magna vi cogente fuerit factum...".

См. также L. 3, § 4 D. 47, 9.

Из этих мест источников, несомненно, вытекает, что римское право не признавало в разбираемом случае обоснованным обязательства возмещения убытков <1>. Lehmann <2> придерживается на этот счет другого мнения и полагает, что цитированные места имеют в виду **исключительно** случаи применения lex Aquilia. Он дает дамнификату при наличии вреда, причиненного ему другим лицом, находящимся в состоянии крайней необходимости, возможность предъявить actio negotiorum gestorum contraria. Я не буду оспаривать того, что приведенные места из Дигест действительно касаются того положения дела, которое регулируется Аквилевым законом, а также того, что сам иск, о котором идет речь в этом случае, носит чисто деликтный характер; но отсюда вовсе не вытекает вывода, который делает Lehmann, а именно что возможно было в Риме предъявлять какой-либо другой иск об убытках по поводу вреда, причиненного в состоянии крайней необходимости. Что же касается приводимого Lehmann'ом в защиту своего взгляда L. 7, § 4 D. 43, 24, то этот фрагмент с правильной точки зрения вовсе и не имеет в виду причинения вреда в состоянии крайней необходимости вследствие отсутствия тех условий, при которых понятие крайней необходимости может найти себе применение. Вот почему он ровно ничего не доказывает по занимающему нас вопросу. Я никоим образом не могу согласиться с мнением Lehmann'a, что **римское право** предоставляло потерпевшему лицу право иска против дамнификанта, действовавшего под влиянием крайней необходимости, но я не могу, с другой стороны, согласиться и с господствующей в настоящее время по этому предмету доктриной, решающей вопрос отрицательно также de lege ferenda. Помоему, дамнификант и при случае крайней необходимости обязан возмещать причиненный им убыток. Собственно говоря, не впадая в ошибку, можно признать относительно крайней необходимости **только одно**, а именно что действие, вызванное ею, является извинительным с точки зрения норм **уголовного** права, так как крайняя необходимость уничтожает тот характер

действия, который делает его нежелательным с этико-юридической стороны.

<1> Ihering, Schuldmoment, с. 44.

<2> Jahrb. f. d. Dogm., Bd. XIII, с. 215 сл.

Действие, предпринимаемое в состоянии крайней необходимости, не является ни осуществлением права в субъективном смысле, ни деликтом. Совершенно излишним будет признавать в разбираемом случае наличие субъективного права на причинение убытка. Это потому, что свобода от наказания, которая здесь имеет место, вовсе не предполагает такой наличности субъективного права, но просто-напросто вытекает из того факта, что действие извинительно. Говорить в случае причинения вреда в состоянии крайней необходимости о существовании на этот счет права в субъективном смысле, или же, выражаясь другими словами, о **правомерности** предпринятого действия, представляется, на мой взгляд, совершенно нелогичным и может быть объяснено только как реакция против прежнего, несомненно, неправильного взгляда на крайнюю необходимость, состоявшего в том, что она должна уничтожать вменяемость. В виде реакции против этого взгляда в настоящее время подчеркивают объективную сторону института, признавая действие, совершенное под импульсом крайней необходимости, **правомерным**. Между тем с правильной точки зрения можно признать только одно: действие, о котором идет речь, **извинительно**. "Noth kennt kein Gebot". Эта пословица означает, что не существует юридической нормы, которая бы карала действие. Столь же неправильною в разбираемом вопросе является точка зрения деликта. Те, которые признают, что деятельность противоречит праву, но в то же время заявляют, что действующее лицо невиновно, выставляют принцип **правопротивности** действия, который сейчас же сами уничтожают. В самом деле принцип правопротивности действия не может быть последовательно проведен в учении о крайней необходимости, так как если относить "правопротивность" к самому **действию**, приносящему вред, то тогда необходимо признать, что действующее лицо нарушило чувство долга и, следовательно, является виновным, а писатели, которые защищают эту точку зрения, именно хотят сделать его невиновным. Кроме того, принцип правопротивности действия ведет к самым неожиданным заключениям. Так, например, Ihering, исходя из этого принципа, говорит, что при крайней необходимости вовсе не существует обязательства возмещения убытков <1>, а Unger, придерживаясь того же самого принципа, утверждает, что здесь имеется obligatio ex lege <2>. Таким образом, ни точка зрения "правомерности" (право в субъективном смысле), ни точка зрения "правопротивности" действия, совершаемого в состоянии крайней необходимости (деликт), не могут быть признаны правильными.

<1> Schuldmoment, с. 44.

<2> L. с., с. 26.

Я думаю, что причинение убытка субъектом, находящимся в состоянии крайней необходимости, не является ни запрещенным действием (деликтом), ни особо дозволенным (правом в субъективном смысле), но просто принадлежит к числу извинительных действий. Вопрос о существовании в этом случае обязательства возмещения убытков должен быть решаем на основании общих правил, т.е. с точки зрения **момента цели**. Я никоим образом не могу согласиться с Unger'ом, что основанием обязательства возмещения убытков при действии, предпринятом в состоянии крайней необходимости, служит то **требование справедливости**, чтобы спасение своего права не совершалось за счет другого. Он называет обязательство возмещения убытков, возникающее в этом случае, термином "obligatio ex lege" <1>. Приведенную аргументацию и эту терминологию нельзя признать удачными. **Всякое** обязательство возмещения убытков возникает ex lege. **Всякое** обязательство возмещения убытков должно согласоваться с требованиями справедливости, тогда как Unger в этом отношении почему-то имеет в виду только некоторые виды обязательств. Что же касается обогащения за чужой счет, на которое ссылается Unger, то этот принцип, взятый им совершенно из другой области, а именно из области кондикций, не имеет ровно ничего общего с институтом возмещения убытков.

<1> L. с., с. 27.

Основание обязательства возмещения убытков при действии, предпринятом в состоянии крайней необходимости, лежит в самой деятельности, связанной с личностью действующего субъекта, **моментом цели**: эта деятельность происходит в **его** интересе, и потому она является именно **его** деятельностью, за которую он и несет ответственность. При этом заметим, что отсюда само собою вытекает, что здесь не может быть и речи о праве в субъективном смысле совершить вредное действие в состоянии крайней необходимости, так как если бы существовало такое право в субъективном смысле, то не могло бы быть и речи об ответственности.

§ 44. Значение понятия "предприятие" в учении об убытках

Обязательство возмещения убытков при отсутствии момента вины очень часто возникает в случае существования известных видов хозяйственной деятельности. Весьма возможно, что при каком-либо предприятии естественные силы природы с той или с другой стороны обращаются на службу человека. Применение этих сил может причинить вред другому лицу, и вот в этом случае вред имеет свою причину в том предприятии, которое вызвало применение этих сил. Таким образом, вопрос идет о специальных видах деятельности, могущих при наличности известных обстоятельств вызвать возникновение обязательства возмещения убытков. Вред в этом случае будет иметь свою настоящую причину в **характере**, а этот последний,

в свою очередь, определяется **интересом** лица, которому деятельность служит на пользу. Другими словами, вред возлагает ответственность на какое-либо лицо на основании характера самой деятельности, рассматриваемой с точки зрения ее **цели**. При этом, однако, нельзя сказать, что лицо, несущее ответственность, совершило действие в собственном смысле этого слова. Дело в том, что в науке юриспруденции при употреблении слова "действие" имеют обыкновению в виду более тесный смысл этого слова, а именно придают ему значение изъявления воли (юридического акта, деликта). Если же придать слову "действие" более широкий смысл, то под это понятие подойдут не только изъявления человеческой воли, но также и внешние события, которые с изъявлением воли не имеют ровно ничего общего. Вот в этом-то последнем смысле я и принимаю слово "действие", когда я говорю, что известный субъект несет за него ответственность. В этом смысле понятие "действие" является однозначным с понятиями "деятельность", "предприятие". "Предприятие" включает в себе, с одной стороны, целую серию изъявлений человеческой воли, а с другой стороны, ряд внешних фактов. Все это вместе взятое объединяется целью деятельности. Если отвлечься от этой цели, то все то, что входит в понятие единой деятельности, распадается на целый ряд отдельных волеизъявлений и отдельных внешних событий. После всего мною сказанного выше понятно само собою, что подобного рода игнорирование момента цели недопустимо в учении об убытках. С моей точки зрения, слово "действие" должно быть понимаемо в широком смысле. Я считаю, что также **внешние факты** имеют с этой стороны весьма и весьма существенное значение, насколько они служат **целям** действующего субъекта, его **интересам**. В самом деле, если естественная сила природы обращается человеком себе на службу, то кроющаяся в ней энергия действует согласно его интересам, а потому на **него** и падает ответственность за тот вред, который благодаря этому произошел. В юридическом отношении причиной вреда является **цель** хозяйственной деятельности, при которой естественные силы природы выступают лишь в качестве средств для достижения этой цели. Хотя группировку относящихся сюда явлений юридического быта было бы лучше всего построить на основании свойств внешних сил, выступающих специальными средствами хозяйственной деятельности, но никогда не следует забывать, что основание ответственности лежит не в физической или механической каузальной связи между этими средствами и самим фактом вреда, а в **юридической каузальности**, т.е. в каузальности, важной в юридическом отношении. Эта юридическая каузальность определяется тою связью, тою зависимостью, которая существует между вредною деятельностью и вредным результатом с точки зрения **цели и интересов** того лица, на пользу которого эта деятельность происходит. Правильность моего взгляда непосредственно вытекает из анализа отдельных случаев *damnum sine culpa*.

К числу этих случаев относится прежде всего выработанный римским правом институт *cautio damni infecti*. Хотя на первый взгляд может показаться, что основанием для обязательства возмещения убытков служит в этом случае стипуляция, но при более внимательном рассмотрении дела мы увидим, что таким основанием является внешний факт возведения постройки, угрожающей соседнему владельцу возможностью причинить ему убыток и что сама стипуляция выступает лишь в качестве последствия этого внешнего факта. Этот внешний факт заключается в "*vitium aedium, loci, operis, arborum*" (l. 24, § 2, 12 D. 29, 2). В течение истории разбираемого института означенный реальный момент все более и более выдвигался на первый план, а момент вины все более и более отдалялся, чтобы наконец совсем исчезнуть с горизонта. Ihering, напротив, выдвигает вперед момент вины и говорит <1>, что *cautio damni infecti* именно потому и находит себе применение, что собственник здания **виновным образом** упустил вовремя поправить его. Ясно, однако, что если и может идти здесь речь о вине, то только о презумптивной или о фиктивной вине (l. 18, § 4 D. 39, 2), так что точка зрения Ihering'a является едва ли правильной. На взгляд Ihering'a походит также взгляд Windscheid'a "*In der Verpflichtung zum Schadensersatz liegt eine Eigenthumsbeschränkung; durch die auferlegung dieser Verpflichtung wird ausgesprochen, dass der Eigenthümer etwas nicht thun dürfe*" <2>. Windscheid ссылается на l. 151 D. 50, 17: "*Nemo damnum facit, nisi qui id fecit, quod facere ius non habet*". Как мы видели из только что цитированных слов этого автора, он защищает то правило, что обязательство возмещения убытков может возникнуть лишь при наличии нарушения запретительной нормы. Однако приведенное место источников совершенно ничего не говорит в пользу такого взгляда. Он неправилен в самом своем корне. В самом деле, возникновение иска об убытках, как справедливо замечает Thur <3>, не требует непременно нарушения запретительной нормы. С этой целью требуется указанное в цитированном месте источников отсутствие права в субъективном смысле, которое давало бы возможность совершить вредное для другого лица действие. Ни о "*culpa*" со стороны строителя, как этого хочет Ihering, ни о нарушении запретительной нормы, как этого желает Windscheid, не может быть и речи при институте *cautio damni infecti* <4>. Оригинальной представляется по этому вопросу точка зрения Unger'a. Он <5> различает тот случай, когда, как он говорит, само здание "несет вину" в своем падении, от того случая, когда несчастье вызвано вследствие внешних сил (*vis maior*). Эти слова могут быть объяснены двояким значением, которое он придает выражению "вина". В тесном смысле слова он понимает под "виною" какого-либо события обстоятельство, обозначаемое в науке логики термином "условие" этого события, а в широком смысле он отождествляет "вину" с "причиною". Очевидно, в разбираемом случае для признания ответственности он принимает слово "вина" именно в смысле "причина". По поводу этой теории я ограничусь замечанием, что говорить о "виновности" самого дома в его падении значит не более и не менее, как допустить

метафору, объясняющую дело только чисто внешним образом. Правда, подобного рода точка зрения сыграла важную роль в **истории** как этого, так и некоторых других аналогичных институтов, но говорить сколько-нибудь серьезно о ее **практическом** значении, как это делает наш автор, представляется довольно странным <6>. Он говорит, что "риск относительно здания и есть кавент", но это правило вовсе и не составляет предмета спора. Вопрос, на который должен быть дан ответ, в том-то и состоит, почему именно он, т.е. **почему** именно собственник здания отвечает за вред, возникший вследствие того, что это здание обрушилось. В римском праве ответ на этот вопрос с формальной стороны заключался уже в том факте, что по поводу возмещения такого вреда была заключена стипуляция. Она и служила **формальным** основанием ответственности. В тех из современных законодательствах, в которых, несмотря на исчезновение стипуляции, институт *cautio damni infecti* сохранил в существе дела свое значение, обыкновенно фингируется момент вины. В виде примера приведу Code civil (Art. 1386): "Le propriétaire d'un bâtiment est responsable du dommage cause par sa ruine, lorsqu'elle est arrivée par une suite du défaut d'entretien ou par le vice de sa construction" <7>. Материального различия между такого рода постановлениями современных положительных законодательств и правилами, которые мы встречаем по этому поводу в римском праве, не существует. Различие только чисто формальное. Римские юристы с целью обоснования ответственности воспользовались своим излюбленным средством, а именно *stipulatio praetoria*, а современное право и без стипуляции предоставляет управомоченному в этом случае лицу иск совершенно одинакового содержания с иском, существовавшим на этот счет в римском праве. Строго говоря, настоящим основанием обязательства возмещения убытков при институте *cautio damni infecti* не являются ни стипуляция, ни "*vitium loci etc.*", ни нарушение запретительной нормы, ни фикция момента вины, но исключительно то обстоятельство, что **владение зданием входит в качестве отдельного момента в хозяйственную деятельность его собственника**. За вред, происшедший благодаря этому зданию, отвечает именно **он** по той простой причине, что означенная деятельность является **его** деятельностью, так как она непосредственно связана с его личностью, происходя в его целях и служа его интересам.

<1> Schuldmoment, с. 27.

<2> Pandekten, Bd. I, § 169, сн. 16.

<3> Der Nothstand im Civilrecht, с. 109 (сн. 1).

<4> См.: Unger, I. с., с. 76 (сн. 6).

<5> L. с., с. 76 сл.

<6> Merkel, Enc., § 32; Vangerow, Pandekten, Bd. III, с. 552; Becker, Actionen, Bd. I, с. 194 (сн. 16).

<7> См. также: Pr. A. L. R. I, 6 § 26; Schweiz. Obl.-R, Art. 67; O. a. b. G. B., § 343.

§ 46. Вред, причиненный движимыми вещами

Случаи обязательства возмещения убытков, причиненных **движимыми** вещами, весьма редки. Что касается римского права, то в этом отношении важное значение, конечно, должно быть придано L. 9, § 2, 3 D. 39, 2, но этот фрагмент является единственным местом в источниках, который относится к разбираемому вопросу, а потому сделать на этот счет какой-либо общий вывод положительно невозможно. Новые законодательства хранят по этому поводу полное молчание. Только в Code civil вопрос этот косвенно затронут в Art. 1384: "On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est cause par le fait des personnes dont on doit repondre, ou des choses que l'on a sous sa garde". Чем же объяснить причину такого игнорирования вопроса в римском и в современном гражданском праве? Мне кажется, что здесь должны быть приняты во внимание следующие соображения. Если исключить случаи, когда движимые вещи служат прямо средством для какого-либо специального предприятия, то обладание ими не является еще само по себе фактом, позволяющим приурочивать эти вещи к деятельности того или другого типа, происходящей в интересе их собственника. Недвижимая собственность уже одним фактом своей принадлежности известному субъекту дает ясное указание своего назначения служить целям его хозяйственной деятельности. Иное дело - собственность на движимые вещи. Для того чтобы получить право сказать, что движимая вещь служит в качестве средства для деятельности ее собственника, необходимо строго доказать, что эта вещь имеет то или другое и совершенно определенное **применение** в сфере известного предприятия, действующего в интересах этого лица. Другое объяснение дают Мотивы Германского гражданского уложения <1>. Составители Мотивов исходят из той мысли, что ответственность при убытках, причиненных вследствие права собственности на недвижимость, имеет своим основанием **вину** собственника этой недвижимости, так как он должен действовать по отношению к ней как bonus paterfamilias. Вместе с тем составители Мотивов утверждают, что ничего подобного нельзя сказать по поводу собственности на вещи движимые. Они особенно подчеркивают факт, что от собственника движимых вещей нельзя требовать, чтобы он относился к этим вещам как bonus paterfamilias. Взгляд составителей Мотивов является совершенно неправильным. Собственник недвижимости несет ответственность за убыток, причиненный благодаря этой недвижимости, не потому, что он как bonus paterfamilias принял на себя специальную обязанность возмещать весь вред, возникающий при этом, но потому, что этот вред причинен тою деятельностью, которая относится именно к нему, совершается в его целях, в его интересах, - одним словом, является **его** деятельностью. Если бы действительно было возможно возложить на собственника недвижимости специальную обязанность, которую имеют в виду авторы Мотивов, то я не вижу причины, почему нельзя было бы с равным правом возложить ту же самую обязанность также и на собственника движимых вещей. Основная

ошибка составителей Мотивов в этом вопросе заключается в том, что они на основании наличия ответственности за убыток выводят факт принятия на себя обязательства, которое влечет подобного рода ответственность. Между тем такая фикция не дает никакого объяснения самой сути дела, могущего быть объясненным вполне удовлетворительно **только** с точки зрения цели деятельности.

<1> Mot., Bd. II, с. 815.

В числе движимых вещей существует одна категория их, имеющая особенно важное значение по поводу интересующего нас вопроса: это животные. В большинстве современных законодательств существуют особые правила относительно возмещения убытка собственником этих животных вследствие причиненного последними вреда. Основанием обязательства возмещения убытков в данном случае вовсе не служит та чисто механическая каузальная связь, которая имеет место между действием животного и вредным результатом. Таким основанием является хозяйственная деятельность собственника животных, определяемая, в свою очередь, его интересами и преследуемая им целью. Другими словами, **причина** вреда с юридической точки зрения лежит не в действиях животного, но в том обстоятельстве, что содержание животных входит в качестве отдельного момента в сферу интересов лица, которому животные принадлежат. В римском праве существовал по разбираемому нами в настоящее время вопросу целый ряд правил в Inst. 4, 9 и в Dig. 9, 1. Вместо "vitium operis etc." римские юристы оперируют здесь понятием "contra naturam sui generis facere", и притом в том же неопределенном смысле, как это имеет место относительно слов "vitium operis etc." в учении об институте cautio damni infecti. В литературе предмета существовал в свое время довольно оригинальный взгляд, заключающийся в том, что признавали само животное **виновным в совершении деликта**. Даже в числе писателей прошлого века этот взгляд имел еще видных сторонников. Достаточно с этой целью назвать имя Vangerow'a <1>. Этот автор для обоснования actio de pauperie выдвигает на первый план culpa **самого животного** и уверяет, что именно такою была точка зрения самих классических юристов. Чтобы доказать всю ошибочность мнения Vangerow'a, достаточно сослаться на L. 1, § 3 D. 9, 1: "Pauperies est damnum sine iniuria facientis datum: nec enim potest animal iniuria fecisse, quod sensu caret". Vangerow, не обращая достаточного внимания как на это, так и на подобные же места источников, твердо стоит за принцип виновности животного в совершении деликта и заботится лишь о том, насколько этот принцип "находит себе оправдание в так называемом естественном праве". Однако дело здесь не в "естественном праве", а в том, существует ли действительное основание для ответственности собственника животных за причиненный ими вред, и если существует, то где его искать. Culpa животных никоим образом не может служить таким основанием уже по той простой причине, что под culpa в науке права понимают такой субъективный

момент, который является душевным актом **вменяемого человека**, поскольку, разумеется, этот акт получил то или другое внешнее выражение. Взгляд Vangerow'a, правда, имеет некоторое оправдание в источниках римского права, но, во-первых, существуют, как я указал, диаметрально противоположные места источников, которые он оставляет совершенно в стороне, а во-вторых, этот взгляд дает только **историческое** объяснение и не имеет интереса с **практической** точки зрения. Столь же неосновательна также и другая теория, которая ищет основания ответственности в моменте вины самого собственника животных, причинивших вред. В самом деле очень часто бывает, что собственник даже и не подозревал о факте такого вреда. Как же можно говорить в этом случае о какой-либо вине с его стороны? Неправильною является также теория Steinbach'a <2>. Он видит основание ответственности в самом праве собственности, принадлежащем известному лицу относительно животного, причинившего убыток. С юридической точки зрения нельзя считать право на вещь основанием возмещения вреда, возникшего так или иначе вследствие этой вещи. Если, например, дамнификант при злом причинении вреда другому лицу воспользовался каким-либо орудием, то ни в каком случае нельзя искать основания возникшего таким путем обязательства возмещения убытков в праве собственности дамнификанта на это орудие. Другими словами, вещное право дамнификанта на внешний объект, сыгравший важную роль в деле причинения убытка, не имеет ровно никакого влияния на решение вопроса относительно обоснования ответственности в этом случае. Правда, обстоятельство, что причинившая вред вещь принадлежит такому-то лицу, может иметь важное доказательственное значение, но это последнее никоим образом нельзя смешивать с обоснованием ответственности. Важным с этой точки зрения является факт, что животное было средством хозяйственной деятельности своего собственника и служило интересам и целям этого лица.

<1> Pand., Bd. III, с. 597.

<2> L. с., с. 33.

§ 47. Ответственность за чужую вину

В целях хозяйственной деятельности какого-либо лица имеют применение не только естественные силы природы, но также услуги **других лиц**. Деятельность этих последних входит в качестве отдельного момента в состав деятельности субъекта, пользующегося такими услугами. Обязательство возмещения убытков в этом случае может возникнуть касательно лица, в интересе которого деятельность совершается, хотя бы **лично ему** и нельзя было вменить никакой вины. Положение дела представляется при этом довольно сложным. Ввиду того, что непосредственною причиною вреда выступает вменяемое лицо, на него самого и может быть возложена ответственность вследствие **его culpa**. При этом хозяин или вовсе остается в стороне от всякой ответственности, или же

отвечает субсидиарно и должен в случае наступления такой ответственности возместить третьему лицу весь происшедший убыток, сохраняя, разумеется, за собою право регресса против своего слуги, виновного в этом убытке. Наконец, возможен еще третий исход, состоящий в том, что хозяин является единственно ответственным лицом на том же самом основании, как это имеет место при "vitium operis etc.". При этом следует заметить, что этот вопрос должен быть решаем на основании точного анализа обстоятельств каждого отдельного случая и никакого общего правила выставить на этот счет решительно невозможно. Вот почему я ограничусь только приведением некоторых примеров такой ответственности перед посторонними за убыток, причиненный им со стороны лиц, служащих органом деятельности ответчика. Сюда относится прежде всего ответственность хозяина за вред, причиненный прислугою. Затем отмечу ответственность хозяина какого-либо торгового предприятия за убыток, причиненный его приказчиком в делах этого предприятия. Ясно, что в этом случае ответственность далеко не всегда будет иметь характер обязательства возмещения убытков, но очень часто будет являться простым последствием принятой обязанности исполнения по тому или другому договору. Деятельность представителя состоит в совершении юридических сделок, которые дают третьему лицу право в субъективном смысле против представляемого, в интересе которого представитель действовал. Ответственность в этом случае может вовсе и не иметь ничего общего с обязательством возмещения убытков. Я думаю, что Unger <1>, Steinbach <2>, Merkel <3> делают большую ошибку, отождествляя ответственность за чужие действия с учением о нашем институте. Правда, весьма часто и при заключении юридических актов через представителя может возникнуть вследствие вины этого последнего обязательство возмещения убытков, но это возникновение вовсе не составляет *condicio sine qua non* для наступления ответственности по договору. Я не буду входить в рассмотрение особенностей отдельных относящихся сюда случаев, которые имеют свое основание в различном положении разного рода представителей, как, например, *nuntius*'a, мандатария, слуги, комиссионера, рабочего и т.д. Ясным является только одно следующее правило: чем несамостоятельнее положение представителя, тем сильнее выступает его деятельность в качестве **собственной** деятельности представляемого. Кроме того, следует признать, что существует большое различие в ответственности, смотря по тому, должен быть придан действию, причинившему убыток, характер деликта или нет. При положительном ответе на этот вопрос гораздо труднее подвергнуть ответственности представляемое лицо, так как момент вины строго связывает вредную деятельность с личностью представителя. Впрочем, как для современного, так и для римского права едва ли можно признать, как это обыкновенно принято делать, существование на этот счет какого-либо общего правила. Что касается римского права, то я обращаю внимание на важный с этой точки зрения L. 1 pr. D. 39, 4.

<1> L. c., с. 53.

<2> L. c., с. 36 - 44.

<3> Enc., § 678 a.

§ 48. Несчастные случаи с рабочими

Экономическая деятельность в Новое время в весьма значительной мере централизовалась. Естественные силы природы и рабочая сила многих отдельных индивидуумов объединяются во все более и более обширные группы и являются лишь средствами для достижения **единой цели** того или другого предпринимателя. Деятельность этого последнего носит характер единства. Слагаясь из ряда отдельных действий, в целом она не представляет простой их суммы, а выступает в качестве единого "предприятия" ("Unternehmen"). Убыток, который из-за такого предприятия очень легко может быть причинен каждому постороннему лицу, которое с ним соприкасается, вызывает своеобразную ответственность именно вследствие указанной выше комбинации естественных сил природы и рабочей силы многих отдельных лиц. В самом деле в случае вреда, происшедшего вследствие какого-либо предприятия, следует оставить всякую мысль рассматривать отдельно - аналогично тому, как мы это делали прежде, - убыток, причиненный рабочими этого предприятия, и убыток, вызванный теми естественными силами природы, которые находят в нем применение. Человеческая рабочая сила и естественные силы природы так тесно переплетаются друг с другом, что по вопросу об ответственности часто бывает совершенно безразличным, в которой именно из этих двух необходимых составных частей каждого предприятия кроется непосредственная причина вреда. Кроме того, здесь имеется еще следующая особенность. Ответственность наступает не только по отношению к посторонним лицам, но также и по отношению к самим рабочим, если они понесли убыток вследствие предприятия <1>. Конечно, невозможно ввиду обширности затронутой темы войти в ее подробное рассмотрение. Все многочисленные изданные на этот счет законы касаются, строго говоря, именно вопроса о возмещении убытков. В Германии и в Австрии ответственность предпринимателей облечена в этом случае в форму обязательного страхования рабочих от несчастных случаев. Собственно говоря, ответственность вследствие этого не терпит какого-либо существенного изменения, так как предприниматель обязан выплатить полученную им страховую премию рабочему, потерпевшему убыток, благодаря которому страховая премия и была выдана предпринимателю. Применение принципа страхования является в этом деле только регулированием ответственности со стороны государства и имеет эту ответственность своим необходимым основанием. Другими словами, в отношениях между работодателем и рабочими господствует принцип обязательства возмещения убытков, а между всеми предпринимателями в государстве действует принцип равномерного распределения этих убытков;

но, очевидно, последний из двух названных принципов имеет своим необходимым предположением действие первого из них. Застрахованными являются в существе дела вовсе не интересы рабочих, а интересы предпринимателей. В самом деле каждый предприниматель несет риск уплаты известной суммы денег, к которой он всегда **может быть присужден**, если рабочий потерпел убыток от его предприятия. Вот этот-то риск и распределяется путем обязательного страхования более равномерно между ними <2>. Новым в этом институте является только то обстоятельство, что работодатель по соображениям законодательной политики, на рассмотрении которых мы не будем здесь останавливаться, может быть принужден к такого рода распределению означенного риска. При страховании рабочих мы встречаемся с тем же самым **фигуральным** способом выражения мыслей, который мы уже однажды наблюдали. Я имею в виду "vitium operis etc." при cautio damni infecti. В этом случае римское право считает **виновным** в убытке как бы само здание. Вопреки Unger'у, в подобных словах, очевидно, следует видеть только фигуральный способ выражения. Такую же метафору встречаем мы и при интересующем нас в настоящее время институте. Здесь также говорят о "вине" того или другого предприятия. Так, например, в германском Имперском законе от 7 июня 1871 г. мы читаем: "Schuld des Eisenbahnbetriebes". Бар <3> видит в подобного рода выражениях презумпцию вины. Unger говорит следующее: "...nimmt man auch hier wieder den Ausdruck Schuld im objectiven Sinne (gleich Ursache, Veranlassung), so kann man sagen, dass der Unternehmer für alle Betriebsunfälle zu haften hat, welche aus der eigenen Schuld des Betriebs entstehen" <4>. Однако после этих слов Unger'a остается совершенно непонятным, почему не каждая причина в этом объективном смысле вызывает возникновение обязательства возмещения убытков. Справедливо замечает Steinbach <5>, что столь произвольное расширение понятия "culpa" является недостаточным для объяснения ответственности. Особенно ярко выступает вся неправильность точки зрения Unger'a, если обратить внимание на ответственность по поводу возмещения убытков, которую несут юридические лица. Gierke полагает, что причиной обращения ответственности за убыток на имущество, принадлежащее юридическому лицу, является "Herrschaftsverhältniss", в силу которого распространяется как само понятие юридического лица, так вместе с тем и ответственность за действия органов этого юридического лица. Steinbach возражает против этого взгляда Gierke соображениями следующего рода. Как раз в тех случаях, в которых "Herrschaftsverhältniss" сохранилось в современном праве, а именно в отношениях родителей и детей, хозяина и прислуги, мастера и учеников, ответственность лиц, пользующихся правами господства, за убыток, причиненный подвластными им лицами, в настоящее время сильно ослабела. Напротив, там, где ответственность за убыток вследствие действий другого лица имеет в наше время наиболее широкое применение, а именно когда в гражданском обороте выступает юридическое лицо, почти совершенно сошли со сцены отношения **личного господства** между высшими и низшими органами этого юридического лица. Возражение

Steinbach'a является совершенно правильным, пока речь идет о чисто **личных** отношениях. Однако с ним нельзя согласиться, если обратить внимание на фактическое положение рабочих в том или в другом предприятии. Рабочие служат экономической силой, которая применяется **в целях, в интересах** какого-либо предпринимателя, а потому этот последний и несет ответственность за вред, причиненный в пределах предприятия рабочими посторонним лицам. С другой стороны, каждый рабочий является самостоятельным субъектом прав, а потому предприниматель равным образом должен нести ответственность за вред, понесенный рабочим вследствие работы. Про этот вред с одинаковым правом, как и про вред, причиненный третьим лицам, можно сказать, что он с юридической точки зрения имеет свою причину в предприятии, на службе которого рабочий состоит. Однако отношение между рабочими и работодателем в современной крупной промышленности не может быть охарактеризовано в качестве "Herrschaftsverhältniss" по аналогии с теми чисто семейными отношениями, которые издавна существовали, а отчасти и теперь еще существуют между родителями и детьми, хозяином и прислугой и т.п. Теория Gierke игнорирует значение современного промышленного развития и экономического роста, покончившего навсегда с древними "Herrschaftsverhältnisse". Сущность различия между старым и новым порядком вещей в этой области отношений заключается в том, что, тогда как в настоящее время рабочие эксплуатируются как простая рабочая сила, прежде обращали главное внимание на личность отдельного рабочего и на его чисто индивидуальные качества. Равным образом и работодатель выступает в современном гражданском обороте как предприниматель, тогда как прежде выдвигались вперед его личные качества, которые теперь ступшевываются. Наряду с этим процессом постепенного исчезновения чисто личных качеств работодателя и рабочих мы замечаем также изменение в содержании существующего между ними отношения, входящего теперь уже всецело в область обязательственного права. Но по мере того, как исчезал чисто личный, семейный характер отношений между работодателем и рабочим, все более и более выдвигалась необходимость защиты интересов этого последнего со стороны государства путем установления строгой ответственности предпринимателей в указанном выше смысле. В современной крупной промышленности личность рабочего захватывается далеко не со всех сторон, но зато тем сильнее эксплуатируется она в одном каком-либо направлении. Фактическая зависимость рабочего не ослабела с развитием общества, но она ограничилась только более тесною областью, чтобы действовать тем интенсивнее. Теперь, например, невозможна конкуренция отдельного рабочего с фабрикой. Его положение сделалось менее самостоятельным, чем это было прежде.

<1> См.: Saleilles, Les accidents du travail et la responsabilite civile, 1897.

<2> Haenel, Deutsches Staatsrecht, Bd. I, с. 695.

<3> Gruinhut's Zeitschrift, Bd. IV, с. 81 (сн. 84).

<4> L. с., с. 87.

<5> L. с., с. 55 сл.

Некоторые писатели, например Loening <1>, исходят из мысли об **опасности** для общества, являющейся в сильной мере связанною с каждым крупным промышленным предприятием. Отсюда делают вывод, что государство имеет право, основываясь на подобного рода опасности, грозящей от предприятия, возложить ответственность по этому поводу на лицо, частным интересам которого предприятие служит. Steinbach <2> делает на этот счет справедливое замечание, что, с одной стороны, существует много видов очень опасных ремесел, на счет которых в современном законодательстве мы не встречаем аналогичных постановлений, и что, с другой стороны, весьма часто имеет место самая подробная регламентация ответственности предпринимателей в областях фабричной промышленности, не представляющих для общества никакой опасности. Правильность замечания этого автора бесспорна, но в то же время нельзя упускать из виду, как, впрочем, он и сам осознает в другом месте своего труда <3>, того обстоятельства, что опасность, несомненно, является тем сильнее, чем предприятие захватывает более обширный круг действия. К этому надо прибавить, что современное законодательство совершенно естественно на первом плане стремится удовлетворить наиболее важные интересы: вред или убыток, чтобы привлечь особенное внимание законодателя, должен носить значительный характер и иметь широкое распространение. Кроме того, нельзя забывать, что соображения экономической политики, играющие в разбираемом нами вопросе столь важную роль, имеют в виду главным образом ответственность при **больших** предприятиях.

<1> Loening, Die Haftung des Staates aus rechtswidrigen Handlungen seiner Beamten, с. 89; см. также: Merkel, Enc., § 680 а.

<2> L. с., с. 60.

<3> L. с., с. 63.

Между тем едва ли было бы правильным положить в основание конструкции именно момент опасности. По этому поводу прежде всего следует заметить, что такая конструкция заключала бы в себе указание скорее на законодательный мотив, чем на юридический факт, с которым связано возникновение обязательства возмещения убытков. К этому следует прибавить, что само понятие "опасность" не имеет в литературе нашего предмета точно установленного и однообразного смысла. Наиболее распространен взгляд, что опасность присуща известного рода предприятиям, являясь при них вполне неизбежною. Loening, например, говорит, что "mit dem Betrieb ist die Gefahr gegeben". Едва ли, однако, заслуживает внимания с юридической точки зрения та опасность, которой нельзя избежать, самого названия опасности. В самом деле убыток при предприятиях, с которыми **неизбежно** связана опасность, принимает

характер **несчастливого случая**, и весь вопрос заключается лишь в том, кто должен нести риск по поводу этого несчастного случая. В пользу моего взгляда говорит еще то обстоятельство, что рабочие в больших промышленных предприятиях не считают свое занятие опасным и при выборе себе профессии вовсе не принимают в соображение опасность, которой они могут при этом подвергнуться. Представление об особенной опасности какого-либо промышленного предприятия является прямым результатом непосредственного наблюдения частых несчастных случаев, происходящих при таком предприятии сплошь да рядом. Правда, можно с полным правом назвать большинство современных крупных промышленных предприятий "опасными", но это слово принимается здесь совсем не в том смысле, в котором его обыкновенно употребляют. Например, в области уголовного права говорят, что преступное действие, чтобы носить такой характер, должно угрожать какою-либо "опасностью" определенному общественному или частному интересу. Если бы крупная промышленность была опасною именно в **этом** смысле (конкретная опасность), то для законодателя не оставалось бы ничего другого сделать, как просто-напросто ее запретить. С правильной точки зрения мы имеем в разбираемом случае опасности для рабочих при крупных промышленных предприятиях то явление, которое Merkel <1> называет **коллизией интересов**. Эта коллизия разрешается законодателем против предпринимателя и в пользу рабочего - на том простом основании, что вред возник вследствие деятельности, происходящей в **целях** предпринимателя, т.е. является **его** деятельностью.

<1> См.: Епс., § 673.

Понятие "опасность" в области уголовного права, согласно мнению Binding'a <1>, выступает в качестве атрибута единичного действия, а не целой группы действий, между тем как при явлениях крупной промышленности речь идет об "опасности" именно при целой группе действий, объединяемых одним общим названием "предприятие". Деятельность рассматривается в этом последнем случае опасною в том смысле, что она слагается из целого комплекса условий, при которых на основании свидетельства статистических данных могут иметь место очень частые несчастные случаи. Но этим различие не ограничивается. **Действие**, опасное с точки зрения уголовного права, делается объектом запретительной нормы именно как **действие человека**, тогда как опасность, связанная с крупным промышленным предприятием, является часто результатом простой игры естественных сил природы. В первом случае речь идет об опасных **действиях**, а во втором - об опасности в означенном выше **статистическом** смысле. Однако если это так, то понятие опасности в отношении к обязательству возмещения убытков не может иметь другого значения, кроме простого законодательного мотива. Вот почему ответственность предпринимателя должна быть объяснена соображениями совершенно иного рода.

<1> L. с., с. 324 (сн. 10).

Сколько-нибудь удовлетворительное с юридической стороны объяснение означенной ответственности не может быть сделано таким путем, как это обыкновенно принято в литературе нашего предмета, т.е. путем правила, что промышленное предприятие должно само покрывать свои собственные издержки, причем в понятие этих издержек входит и возмещение причиненного вреда. Едва ли вообще возможно на деле последовательное применение такого правила. Юридические нормы, имеющие свою непосредственную задачу регулировать случаи обязательства возмещения убытков, не призваны решать вопрос, кто же должен окончательно поплатиться с экономической точки зрения. В самом деле при юридической ответственности предпринимателя очень легко может быть, что сумма денег, которая будет уплачена им рабочему в качестве вознаграждения за постигшее его несчастье, будет переложена им на рабочих же - посредством ли понижения заработной платы или же посредством поднятия цен на потребляемые рабочими продукты. Правда, право в объективном смысле не может брать на себя не принадлежащей ему миссии производить справедливое и целесообразное распределение имущественных ценностей <1>, но право может содействовать такому распределению, насколько означенная миссия совпадает с осуществлением той или другой - чисто юридической - задачи. Для того чтобы подобного рода содействие со стороны права в объективном смысле фактически было в этом случае возможным, экономическая деятельность, имеющая место при определенном промышленном предприятии, должна быть понимаема как единое целое, как **единый каузальный момент**, строго замкнутый в самом себе, - совершенно аналогично каждому отдельному хозяйственному действию какого-либо лица. Я говорю о таком единстве целой серии различных моментов, входящих в понятие "предприятие", не в виде метафоры, но в буквальном смысле слова. Только в этом случае ответственность предпринимателя может быть юридически обоснована, потому что только при таком положении дела причина возникновения обязательства возмещения убытков является вполне ясной и понятной. Юридическая самостоятельность и единство "предприятия" составляют **действительный факт** <2>. Здесь не может быть и речи о какой-либо фикции. Далекое не в каждом случае, когда известное лицо обогащается во вред другому лицу, можно считать готовым возникновением обязательства возмещения убытков, так как такое правило заключало бы в себе явную несправедливость <3>. Убыток, причиненный рабочему ими любому постороннему лицу, вошедшему в соприкосновение с предприятием, возмещается в их пользу не потому, что предприниматель обогатился за их счет, но потому, что этот убыток произошел вследствие **единой** деятельности, имевшей место в целях предпринимателя, именно в **его** интересе. Таким образом, решительным моментом в учении об ответственности предпринимателя является все тот же **момент цели**, важное

значение которого я уже неоднократно подчеркивал в предыдущем изложении. При наличии известных обстоятельств может быть принят во внимание по интересующему нас вопросу также момент вины. Мало того, легко может оказаться, что получают известное значение одновременно как момент вины, так и момент цели, причем момент вины может возлагать ответственность не на предпринимателя, а на постороннее лицо. В этом случае или наступит та **кумуляция** ответственности, о которой я уже говорил выше, т.е. постороннее лицо будет отвечать **наряду** с предпринимателем, или же, как это наиболее часто бывает на практике, момент цели перевесит момент вины, т.е. виновное постороннее лицо вовсе будет освобождено от всякой ответственности, которая всею своею тяжестью упадет на одного предпринимателя. Германское и австрийское законодательства определяют ответственность при несчастных случаях, которые приключились с рабочими во время их работы, **единственно** на основании момента цели. Другими словами, при каждом положении дела они заставляют отвечать предпринимателя, в целях которого деятельность происходит. Он освобождается от ответственности только в одном случае, а именно если рабочий **умышленно** вызовет себе телесное повреждение с целью получить за это от предпринимателя возмещение убытков. Однако в австрийском законодательстве если от телесного повреждения последовала смерть, то даже при умышленном образе действий со стороны рабочего все-таки наступает ответственность предпринимателя в пользу наследников рабочего.

<1> Mataja, Das Recht des Schadensersatzes vom Standpunkte der Nationalökonomie, с. 20 сл., с. 123 сл.

<2> См.: Steinbach, I. с., с. 62.

<3> См.: Windscheid, Pandekten, Bd. II, § 421, сн. 1.

§ 49. Общий вывод относительно случаев *damnum sine culpa*

Детальная разработка каждого из приведенных выше случаев ответственности за убыток при отсутствии момента вины требует целого ряда монографических исследований. Моею целью было лишь рассеять сомнения, существующие в литературе нашего предмета по вопросу о возникновении во всех этих случаях обязательства возмещения убытков. Причиной значительного числа противоречий касательно этого вопроса является полное смешение института возмещения убытков с гражданским и уголовным правонарушениями. Я старался показать, что основанием нашего института служит **каузальный момент**, независимо от того, имеет место в действительности правонарушение или нет. Если действие, сопровождаемое возникновением обязательства возмещения убытков, является в то же время правонарушением, то само собою понятно, что одновременно наступают юридические последствия двоякого рода, нисколько не мешая друг другу. Если же правонарушение не только не существует, но если даже нельзя

констатировать наличие какой-либо вины у лица, совершившего вредное действие, обязательство возмещения убытков все-таки может возникнуть, причем главное значение приобретает момент цели. В первом случае каузальный момент выступает в качестве *causa efficiens*, а во втором - в качестве *causa finalis*. Во втором случае мы имеем целую группу явлений, названных мною общим термином "*damnum sine culpa*". Ни одну из многочисленных попыток объяснить основание ответственности при нашем институте, которые по поводу этих явлений были делаемы различными авторами, нельзя, как мы видели, считать правильной. Вполне несостоятельной должна быть признана теория **фикции вины** относительно невменяемых лиц, животных и неодушевленных предметов. То же самое следует сказать по поводу теории **презумпции вины** у лиц, находящихся в определенном отношении к предмету, причинившему вред. Равным образом следует отвергнуть теорию **механической каузальности**. Следует также отказаться от мысли подводить случаи применения нашего института под рубрики действий на свой собственный риск, обязательств "*ex lege*", обязательств на основании "*Herrschaftsverhältniss*" или же, например, под действие принципа, что издержки несет само предприятие. Весьма возможно, что та или другая из указанных мною попыток объяснения занимающих нас явлений в отдельном случае будет вполне подходящею, но если собрать все эти случаи вместе, то едва ли можно будет провести вполне последовательно любой из означенных принципов, а между тем ощущается большая потребность дать именно общий критерий для решения вопроса. Такой критерий не исключает возможности применять к отдельным явлениям этого рода ту или другую из приведенных выше специальных точек зрения, выставляемых различными авторами. Отдельные случаи возмещения убытков сложились под сильным влиянием господствовавших в литературе теорий и носят явные следы этих последних. Вот почему с этими теориями необходимо считаться, но никогда не следует забывать, что они не дают общего критерия и не раскрывают юридической сущности нашего института.

Наш институт занимает среднее место между уголовным и гражданским правонарушениями. Причинение убытков не составляет, подобно уголовному правонарушению, действия, специально запрещенного законом. С другой стороны, причинение убытков также не стремится, подобно гражданскому правонарушению, создать противоречие между фактическим положением дела и правом в субъективном смысле, принадлежащем дамнификату. Причинение убытков не выступает ни в качестве особо дозволенного законом действия, ни в качестве запрещенного действия, но является действием, которое **само по себе** должно быть признано с юридической точки зрения просто **безразличным**. Оно приобретает значение лишь в том случае, когда можно констатировать наличие **каузального момента** между ним и волею того лица, на которое должна пасть ответственность в деле возмещения происшедшего имущественного вреда. Это отношение действия, причинившего убыток, к воле означенного лица и составляет **основание** нашего института, так как только благодаря наличности

подобного каузального момента с полным правом можно сказать, что указанное действие должно быть охарактеризовано в качестве действия именно такого-то субъекта. Каузальный момент, или, говоря иначе, отношение вредного действия к воле лица, несущего ответственность, может быть, в свою очередь, определяем двояким путем: во-первых, можно доказывать существование этого отношения, констатируя момент **вины** того субъекта, которому вменяется вредная деятельность; во-вторых, в тех же видах можно обратить внимание на то обстоятельство, **в чьем интересе** вредная деятельность имела место (момент цели). Как момент вины, так и момент цели принимаются в расчет лишь для доказательства наличия каузального момента, не имея никакого самостоятельного значения. Их значение только чисто **доказательное**. Момент вины служит доказательством, что деятельность может быть отнесена к воле известного лица как к *causa efficiens*. Подобно тому как, принимая в качестве средства доказательства каузальности воли **момент вины**, следует ограничивать размер юридических последствий вредного действия соображением обстоятельств, которые имела в виду виновная воля действующего субъекта, совершенно аналогично необходимо бывает, выдвигая вперед **момент цели**, поставить эти юридические последствия в зависимость от **особенностей** интереса, вызвавшего вредную деятельность. Другими словами, этот интерес для определения размера и характера ответственности должен быть облечен в **конкретную** форму, должен выступать в виде **конкретной** цели. Аналогия между моментом вины и моментом цели может быть проведена и дальше. Подобно тому как первая группа случаев обязательства возмещения убытков, т.е. тех случаев, когда главное значение придается моменту вины, была **в прежнее время** вслед за римским правом приурочиваема к целому ряду отдельных деликтов, также и вторая группа была разбита на целый ряд отдельных специальных случаев. Что касается первой группы, то **в настоящее время** вполне основательно уже перестали говорить о возмещении убытков, долженствующем иметь место вследствие вины субъекта при том или другом деликте, а имеют в виду вину вообще в смысле отсутствия необходимой *diligentia*. Аналогичный процесс происходит также относительно второй группы случаев. Также и в этой области заметна в настоящее время в литературе предмета тенденция установить правила общего характера, которые единообразно регулировали бы относящиеся сюда явления юридического быта. По аналогии с тем, как для первой группы случаев нет никакой необходимости составлять подробного перечня действий, вызывающих возникновение обязательства возмещения убытков, не следует составлять такого перечня и для второй группы случаев путем перечисления специальных интересов, для удовлетворения которых вредная деятельность может происходить. В заключение я считаю необходимым еще раз обратить внимание на своеобразную природу нашего института. Вредное действие не должно быть признаваемо юридическим фактом в том смысле, что при наличии каких бы то ни было условий оно вызывает возникновение обязательства возмещения убытков. Напротив, оно

устанавливает ответственность **только** при наличии каузального момента в качестве *causa efficiens* или *causa finalis*.

§ 50. Значение случаев *damnum sine culpa* для различия обязательства возмещения убытков и уголовного правонарушения

Я уже говорил выше, что понятие обязательства возмещения убытков должно быть строго отличаемо от понятия правонарушения. Писатели, отождествляющие наш институт с гражданским деликтом, совершенно упускают из виду субъективный и чисто относительный характер вредного действия, служащего основанием для обязательства возмещения убытков, и забывают в то же время, что при гражданском деликте, как раз наоборот, мы имеем всегда дело с нарушением того или другого права, так что содержание этого гражданского деликта с самого начала является строго и точно определенным. Нечего и говорить, что приравнять наш институт к уголовному правонарушению решительно невозможно. Случаи *damnum sine culpa* ясно указывают на всю неправильность подобной точки зрения. Одно и то же действие **может**, конечно, одновременно служить причиной возникновения обязательства возмещения убытков и являться вместе с тем гражданским или уголовным правонарушением, сопровождаясь, с одной стороны, иском об убытках, а с другой стороны, иском о восстановлении нарушенного гражданского права *resp.* уголовной репрессией. Однако даже в таком случае нельзя не признать, что это совпадение чисто случайного характера и не относится к самой сущности юридической природы нашего института.

§ 51. Ответственность государства за убыток, причиненный действиями должностных лиц

В области публичного права существуют также весьма распространенные и многочисленные случаи, когда речь идет о возмещении убытков. Я имею в виду ответственность государства за убыток, причиненный действиями должностных лиц. Вопрос о том, до каких пределов следует возлагать на государство означенную ответственность, зависит от меры, в которой деятельность должностного лица может быть рассматриваема как деятельность самого государства. Другими словами, необходимо в каждом отдельном случае тщательно исследовать вопрос, можно ли считать известное действие актом государственной деятельности или же ему должно быть отказано в таком значении и оно должно всецело пасть на ответственность чиновника, его совершившего, хотя бы он и действовал при этом от имени государства. В том случае, когда ответственность за убыток несет само государство, момент вины отходит на задний план и вполне поглощается целевою стороною деятельности - интересом самого государства, заставляющим чиновника предпринимать

вообще действие, которое в конкретном случае причинило убыток. Этот интерес государства, удовлетворение которого служило целью для вредной деятельности, и является основанием для ответственности. Если интерес государства действительно удовлетворен вредною деятельностью чиновника, причинившего другому лицу убыток, и если чиновник действовал виновным образом, то государство, возместив потерпевшему означенный убыток, имеет право регресса против виновного чиновника. В тех случаях, когда момент вины отсутствует и когда ответственность государства тем не менее существует на основании момента цели, вопрос решается, разумеется, гораздо проще. С вопросом об ответственности государства за действия должностных лиц в прежнее время тесно связывали другой вопрос, а именно о возмещении убытков **невинно осужденному**. Последний, с моей точки зрения, должен иметь право требовать от государства вознаграждения за понесенные им имущественные потери, постигшие его, например, по той причине, что он, будучи заключен в тюрьму, лишился своего обычного заработка и т.д. В разбираемом случае с большим правом можно рассуждать о возмещении "издержек" ("Unkosten"), чем при любом предприятии. Если при предприятии нельзя говорить об издержках, так как прямою задачей права в объективном смысле не является производство коренного регулирования вопроса о распределении дохода, приносимого этим предприятием, то при невинном осуждении вопрос об **издержках** приобретает совершенно другое значение и выступает на первый план. "Es liegt in der Natur der Sache, - говорит Klewitz, - dass der Staat, die Quelle des Rechts, selbst nur Recht und nie Unrecht ube, und dass er dort, wo er unvermeidlicher Weise Unrecht geubt habe, den Schaden nach Krafte zu ersetzen bemuht sei" <1>.

<1> Arch. fur Off. Recht, Bd. VII, c. 317.

§ 52. Обязательство возмещения убытков и преступление повреждения чужих вещей

Слово "вред" употребляется при обязательстве возмещения убытков совершенно в ином смысле, чем при преступлении повреждения чужих вещей. В последнем случае вред рассматривается как действие, входящее в качестве интегральной составной части в *corpus delicti* означенного преступления, тогда как при нашем институте вред представляет интерес не сам по себе, но в той мере, в которой вследствие факта вреда произошло уменьшение имущества *дамнификата* <1>. Правда, преступление повреждения чужих вещей также оказывает в большей или в меньшей степени неблагоприятное влияние на имущество пострадавшего от него лица, но означенное обстоятельство не составляет в этом случае юридической сущности дела, которая заключается здесь в простом факте физического разрушения или повреждения чужой вещи. Различие между значением вреда при названном преступлении и при нашем институте представляется далеко

не столь мало важным, как это может показаться с первого взгляда. При обязательстве возмещения убытков предел навлекаемой ответственности определяется исключительно размером причиненного вреда, а при указанном деликте ответственность всецело зависит от характера и степени вины правонарушителя. Что же касается размера убытка, то он при повреждении чужих вещей существенного значения не имеет. После сказанного должно сделаться вполне понятным, почему оба института подлежат действию совершенно различных юридических норм.

<1> Degenkolb, I. с., с. 17 сл., с. 57.

§ 53. Имущество дамнификата как объект нападения вредной деятельности, вызывающей обязательство возмещения убытков

Вред в качестве объекта возмещения убытков является, как я сказал, уменьшением имущества дамнификата. Это объяснение носит, однако, слишком общий характер. Необходимо точнее определить смысл выражения "понести вред". С этой целью следует прежде всего обратить внимание на отношение понятия вреда к понятию гражданского правонарушения, разумея под последним создание фактического положения, противоречащего какому-либо праву в субъективном смысле. Специальным объектом нападения вредной деятельности, вызывающей возникновение обязательства возмещения убытков, служит имущество дамнификата. В этом и состоит юридическая сущность нашего института. Что же касается юридической сущности института гражданского правонарушения, то она заключается в нападении на то или другое право в субъективном смысле и в создании таким путем правопротивного положения.

Таким образом, понятие имущества сопровождается, как это ясно вытекает из только что мною сказанного, огромным значением в учении об институте возмещения убытков в целях отграничения этого института от смежных явлений юридического быта. Между тем понятие имущества имеет совершенно различное содержание с точки зрения политической экономии и с точки зрения науки права. Мало того, даже в области самой юридической литературы понятие имущества выступает с весьма неодинаковым значением в отдельных отраслях этой литературы - сообразно с особыми задачами, которые преследует та или другая юридическая дисциплина. Цивилисты обыкновенно определяют имущество как комплекс **прав** известного вида, а именно так называемых имущественных прав <1>. Я полагаю, что такое определение является слишком узким. Что касается вопроса, насколько правильным должно быть признано определение Dernburg'a, вполне порвавшего с этой традиционной связью понятия имущества и понятия имущественных прав <2>, то этот вопрос сделается ясным сам собою из последующего изложения. Neuner <3> в свою очередь хотя и не теряет совсем из виду указанной связи двух означенных понятий, но совершенно далек от мысли отождествлять эти понятия одно с другим, как это делает

господствующая доктрина. Neuner строго различает имущество в идеальном смысле и объект такого имущества. Под имуществом в идеальном смысле он понимает имущественно-юридическую личность как таковую ("die Vermögensfähigkeit"). В понятие объекта этого имущества в идеальном смысле входят, по Neuner'у, имущественные права (имущество в реальном смысле), а равно и предметы, на которые направлено господство при этих имущественных правах, т.е. или физические вещи, или действия другого лица, насколько, разумеется, на этом другом лице лежит обязанность к исполнению этих действий. Теория Neuner'a придает слову "имущество" тройное значение: во-первых, имущественно-юридической личности; во-вторых, комплекса имущественных прав; в-третьих, совокупности физических вещей и действий обязанных лиц. Очевидно, в основании такого деления понятия имущества должен был бы лежать какой-либо единый принцип <4>. Между тем мы не встречаем у нашего автора указания на такой принцип. Вероятно, по этой причине его теория и осталась совершенно одинокою в обширной литературе предмета. С правильной точки зрения со взглядом Neuner'a никак нельзя согласиться, потому что содержанием вредного действия является при институте возмещения убытков нападение именно на имущество в его целом, а не на отдельные составные части этого имущества. Между понятиями имущества и причинения убытков, с одной стороны, и между понятиями права в субъективном смысле и гражданского правонарушения - с другой, существует до известной степени аналогия, так как понятия имущества и права в субъективном смысле представляют **положительную** величину, а понятия причинения убытков и гражданского правонарушения - величину **отрицательную**. Из этой аналогии еще с большею силою вытекает необходимость найти общий принцип, составляющий юридическое основание той положительной величины, которую мы называем "имущество" и которая должна быть строго отличима от другой положительной величины, называемой "право в субъективном смысле". Определение понятия имущества ввиду необходимости объединить таким общим принципом все относящиеся сюда отдельные явления может быть весьма легко сделано, если обратить внимание на то, что "имущественно-юридическая личность" ("die Vermögensfähigkeit") приобретает экономическое значение только в случае, если она в состоянии допустить реализацию, вполне конкретную и положительную, т.е. с перевесом актива над пассивом. Neuner <5> на этот счет придерживается другого мнения. Он конструирует понятие имущественно-юридической личности, имея в виду главным образом случаи универсального преемства в римском наследственном праве. Так как в этих случаях допускался перевес пассива над активом (damnosa hereditas), Neuner поспешил отсюда вывести, что имущественно-юридическая личность всегда, т.е. также в других случаях, кроме универсального преемства, представляет такую идеальную величину, при которой может иметь место полное отсутствие реального имущества. Мне кажется, что наш автор не имел никакого права сделать такой вывод и что его определение имущественно-юридической личности

лишено практического смысла: реализация имущественно-юридической личности, несомненно, во многих случаях имеет весьма и весьма существенное значение и совершается сообразно со взглядами, господствующими в данное время в данном обществе. При такой реализации является совершенно безразличным, имеет ли она дело с имущественными **правами** (вещными и обязательственными) или какими-либо иными экономическими **выгодами**, связанными с объектом одного из этих прав. Необходимо только одно, а именно чтобы такие **выгоды** могли подлежать оценке в деньгах. Поясню сказанное примером. А приобрел право собственности на вещь х. Это вещное право может быть весьма легко при реализации имущества, принадлежащего А, переведено в денежную форму и потому относится к имущественно-юридической личности А. Допустим теперь, что для А открывается возможность особенно выгодно продать вещь х. Эта **выгода** также может быть выражена в деньгах, а потому равным образом принимается в расчет при реализации имущественно-юридической личности А. Каждая **выгода**, конечно, может являться связанною в той или в иной мере с обладанием объектом какого-либо имущественного права, но такую выгоду нельзя отождествлять с этим имущественным правом. Другими словами, имущественно-юридическая личность слагается из двух необходимых составных частей: имущественных **прав** и имущественных **выгод**. Понятно, что реализация этой личности должна обнимать и ту и другую составные части. Неправильность взгляда, трактующего имущественно-юридическую личность **только** как комплекс имущественных прав, вполне подтверждается приведенным мною примером. В самом деле цена вещи х может подниматься все выше и выше в зависимости от целого ряда новых фактов. С наступлением каждого такого нового факта имущественно-юридическая личность будет увеличиваться, приобретая все большую и большую ценность. Между тем никакого нового права при каждом таком новом факте не приобретается <6>. Вывод отсюда ясен: имущественно-юридическая личность кроме комплекса имущественных прав должна содержать в себе еще некоторый плюс, еще другую составную часть. Такою составною частью и является сумма экономических **выгод**, принадлежащих известному лицу. Представим себе, что в приведенном мною примере вещь х погибла вследствие вредного действия, совершенного лицом В, и что затем цена вещи х повысилась. При возмещении убытков, согласно защищаемому мною взгляду, должна быть принята во внимание также и эта экономическая выгода, состоящая в повышении цены вещи х. Ясно, какое огромное значение приобретает эта точка зрения в учении об институте возмещения убытков. Из предыдущего изложения делается очевидным, что определение, даваемое Neuner'ом понятию имущества, слишком узко и что оно должно быть расширено в означенном мною смысле. В заключение добавлю, что **выгода**, входящая в понятие имущественно-юридической личности, может стоять вне всякой связи с объектом какого-либо имущественного права. Приведу для примера такую выгоду, как круг личного кредита известного лица. Я могу путем распространения ложных

слухов подорвать круг личного кредита лица А. Это будет посягательство на имущественно-юридическую личность лица А, но ни одно из принадлежащих ему имущественных прав не является нарушенным, а между тем могут представиться случаи, когда при таком подрыве кредита иск об убытках может быть вполне обоснованным, потому что здесь произведено нападение на имущественную выгоду. Этот пример особенно нагляден, так как затронутая имущественная выгода не стоит ровно ни в такой связи с объектом какого-либо имущественного права. Другим примером подобного же рода может служить злостное лишение какого-либо предприятия рынка для сбыта производимых в нем продуктов. Таких примеров можно привести очень много. Все эти случаи имеют весьма существенное значение в практической жизни и совершенно игнорируются течениями, господствующими в литературе нашего предмета.

<1> См., например: Windscheid, Pand., Bd. I, § 42; Bekker, Pand., Bd. I, § 41.

<2> Pand., Bd. I, § 67: "Vermogen ist der Inbegriff der geldwerthen Guter einer Person".

<3> Neuner, Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse, с. 51, 90 сл.

<4> В поисках та кого принципа Bekker (Pand., Bd. I, с. 139) отождествляет понятия имущества и имущественных прав. Но разве, например, *lucrum cessans* не принадлежит к имуществу, не составляя никакого имущественного права? Bekker обходит как этот, так и многие подобные ему вопросы полным молчанием.

<5> L. с., с. 97.

<6> См.: Schey в: Grunhut's Zeitschrift, Bd. VIII, с. 147 (сн. 135).

Мы видели, что для вопроса о том, что такое имущество, является совершенно безразличным способ реализации имущественно-юридической личности. Необходимо только, чтобы эта реализация происходила достаточно конкретно и могла быть выражена в той или другой денежной сумме. Другими словами, чтобы реализация имущественно-юридической личности могла иметь место, требуется точное определение **объема** имущества *in toto* или одной какой-либо части этого имущества. Такое понимание дела вполне отвечает установленному мною выше смыслу понятия вреда как уменьшения имущества. Это уменьшение имеет именно в виду объем имущества. Выражаясь иначе, необходимо в целях выяснения размера возмещаемого убытка произвести точную реализацию всего имущества потерпевшего лица или одной из его составных частей.

§ 54. Имущество в области наук права и политической экономии

Это широкое определение понятия имущества приближается к определению, встречаемому в политической экономии. Коренного различия

между имуществом с точки зрения науки права и имуществом с точки зрения политической экономии, по моему мнению, вовсе не существует <1>. Mataja, напротив, называет юридические определения имущества непригодными для политической экономии, потому что права, как он говорит, не в состоянии удовлетворять человеческие нужды <2>. Это соображение Mataja не может подорвать правильности защищаемого мною взгляда о тождестве понятия имущества в области юридических и экономических наук. Mataja повторяет лишь попытку, которая и до него не раз делалась в литературе нашего предмета и которая является уже сама по себе вполне невозможной. Он стремится провести различие между имущественными правами как таковыми и фактическими (экономическими) выгодами от этих прав, т.е. между имущественными правами in abstracto и между реализацией этих прав. Mataja говорит <3>, например, что право собственности на вещь, не имеющую ровно никакой ценности, не выступает с точки зрения политической экономии в качестве величины имущественного характера, а, напротив, является подобного рода величиною с точки зрения науки права. Позволительно, однако, спросить, может ли быть допущено также наукою права существование такого права собственности, которое не имеет ровно никакой ценности ни в объективном, ни в субъективном отношениях. Полагаю, что допущение в означенном смысле едва ли может быть сделано. Право собственности на вещь, не имеющую решительно никакой ценности, хотя бы для непосредственно управомоченного лица, представляется явным абсурдом как с точки зрения политической экономии, так **равным образом** и с точки зрения права и не может быть отнесено к составным частям имущества ни тою, ни другою наукою. Mataja считает "das blosse Haben", "das Besitzen" имуществом, в значении этого слова, принятом наукою политической экономии, и отрицает, с другой стороны, такой имущественный характер этих фактических отношений в смысле, соединяемом со словом "имущество" в области юриспруденции. Но разве владение должно быть исключено из области имущественных прав? Разве обширная литература, существующая по этому поводу, пришла путем долгих усилий и колебаний именно к такому выводу? Совершенно напротив, именно в современной науке права плодом многочисленных исследований этого пресловутого вопроса явилось, как известно, твердое убеждение, что владение должно быть отнесено к области имущественных отношений. Правда, я не стану спорить с Mataja, что наука политической экономии принимает во внимание понятие имущества преимущественно с фактической стороны дела, придавая этому понятию значение совокупности экономических выгод, которые **фактически** предоставлены в распоряжение известного лица. Я соглашусь с ним и в том, что наша наука, напротив, интересуется понятием имущества главным образом с юридической стороны дела, т.е. с точки зрения реализации имущественно-юридической личности. Однако отсюда еще далеко до вывода, что необходимо признать существование двух совершенно независимых друг от друга понятий имущества, связанных одно с другим только единством общего для них

обоих термина. Понятие имущества должно быть признано единым как для области юридической, так и для области экономической наук. Вся разница между тою и другою заключается в этом отношении лишь в той стороне дела, которая при пользовании понятием имущества имеет для каждой из этих наук наибольший интерес. В источниках римского права существует относительно определения понятия имущества следующее место.

<1> См.: Merkel, Enc., § 543, 547.

<2> Mataja, Das Recht des Schadensersatzes vom Standpunkte der Nationalökonomie, с. 138.

<3> L. с., с. 138.

L. 49 D. 50, 16: "Bonorum appellatio aut naturalis aut civilis est. Naturaliter bona ex, eo dicuntur, quod beant, hoc est beatos faciunt: beare est prodesse. In bonis autem nostris computari sciendum est non solum, quae domini nostri sunt, sed et si bona fide a nobis possideantur vel superfidaria sint. Aequè bonis adnumerabitur etiam, si quid est in actionibus, petitionibus, persecutionibus: nam haec omnia in bonis esse videntur".

Из этого определения видно, что также римское право не отождествляло с имуществом известного лица совокупности принадлежащих ему прав, так как под цитированное определение подойдут также экономические выгоды в установленном мною выше смысле этого слова. Римские юристы, оперируя с понятием имущества, не были склонны проводить строгое различие между отношениями чисто фактическими и отношениями юридическими. В этом можно убедиться, например, из L. 41 D. 1, 3. Однако следует заметить, что, хотя римские юристы, по-видимому, и вполне правильно понимали значение понятия имущества, строгого и точного определения этого понятия в источниках мы не встречаем.

§ 55. Взгляд на имущество Bohm-Bawerk'a

Если определять имущество с точки зрения политической экономии - как совокупность экономических выгод, принадлежащих известному лицу, то может на первый взгляд показаться вполне правильным, что для выяснения наличного состава какого-либо имущества необходимо только произвести специальный регистр, механический подсчет отдельных частей этого имущества. Однако такого образа действий нельзя одобрить, - во-первых, уже потому, что нужно обращать самое тщательное внимание не на одни конкретные составные части имущества, но также и в особенности на их экономическое значение, на их ценность; во-вторых, потому что при вычислении стоимости имущества следует пользоваться известною свободою, состоящею в принятии во внимание самых различных обстоятельств, если эти последние так или иначе могут отразиться на ценности принадлежащих какому-либо лицу хозяйственных благ <1>. Такая свобода в оценке имущества заключается, например, в соображении тех или

других будущих экономических выгод, могущих выпасть на долю субъекта, имущество которого подвергается оценке <2>. Подобно тому как нельзя не считаться с будущими нашими потребностями, следует соображать также те экономические выгоды, которые сулит нам будущее. Все эти выгоды, ожидаемые с большею или меньшею определенностью, лишь впоследствии фигурируют при оценке в качестве уже наличных составных частей нашего имущества. Соображение будущих экономических выгод совершается двояким путем: во-первых, путем прибавки к цене уже наличных имущественных объектов стоимости этих будущих экономических выгод, а во-вторых, путем оценки имущественных объектов, в данную минуту или вовсе не существующих, или же не существующих по отношению к лицу, имущество которого оценивается.

<1> V. Bohm-Bawerk, Rechte und Verhältnisse vom Standpunkte der volkswirtschaftlichen Güterlehre, с. 79.

<2> L. с., с. 80 - 84.

В качестве другого примера свободы, необходимой в деле оценки имущества, Bohm-Bawerk <1> приводит метод, который он обозначает как "die Einstellung hypothetischer Werthe und Güte". Под этими словами следует понимать **определение стоимости шанса** получить в будущем не несомненную, но только **вероятную** выгоду ("Nutzens-Möglichkeiten"). Такова, например, оценка лотерейных билетов. Она существенно отличается от оценки в приведенных прежде примерах, т.е. от определения стоимости ожидаемых экономических выгод, а также ожидаемых имущественных объектов иного рода. В двух только что означенных случаях дело идет о **гипотетической** оценке, а при оценке шанса выиграть в лотерею оценка эта носит чисто **фиктивный** характер. В самом деле, определяя стоимость такого шанса, **мы наперед знаем**, что оценка является фальшивою как для того случая, если лотерейный билет выиграет, так и для того случая, если он проиграет: при выигрыше выигранная сумма будет во много раз превышать стоимость билета, а при проигрыше несоответствие оценки действительному положению дела является еще более очевидным.

<1> L. с., с. 85 - 88.

При определении стоимости имущества может возникнуть вопрос, следует ли принимать в соображение будущий личный заработок субъекта, имущество которого оценивается. Bohm-Bawerk <1> решает этот вопрос отрицательно. Он согласен с тем, что рабочая сила лица в равной мере обеспечивает "die Zukunftsnutzen", как и некоторые материальные вещи, способные служить объектом самой точной расценки. Он делает даже еще одну уступку и признает, что исключение рабочей силы из состава фактов, образующих исходный пункт для вычисления стоимости имущества известного субъекта, не оправдывается ни соображением той

неопределенности результата, которая может получиться вследствие оценки рабочей силы, ни тем обстоятельством, что проявление во внешнем мире рабочей силы *in toto* является невозможностью. Однако он все-таки считает, что рабочую силу не следует вводить в оценку имущества, а именно потому, что с психологической стороны затрата личной энергии, неизбежно наступающая при всякого рода труде, должна быть признана абсолютным минусом. Факт получения заработной платы только компенсирует этот минус и отнюдь не делает его положительною составною частью стоимости имущества.

<1> L. с., с. 89 сл.

С этим взглядом нельзя согласиться. Вся его неправильность выступает особенно ярко, когда имущество рассматривается в качестве объекта вредной деятельности, вызывающей возникновение обязательства возмещения убытков. В самом деле, точка зрения, которой придерживается *Bohm-Bawerk*, вводит полный субъективизм и произвол в решение вопроса о том, что должно быть считаемо в каждом отдельном случае имуществом лица, так как если держаться воззрений *Bohm-Bawerk*'а, то мы получим право изменять понятие имущества, смотря по различию целей, в которых будем пользоваться этим понятием. В практической жизни чисто субъективные соображения решают, должны ли быть включаемы каким-либо лицом в принадлежащее ему имущество фактические отношения, служащие или в настоящее время его экономическим интересам, или же с большею или меньшею вероятностью могущие служить таким интересам в будущем. Если бы наука, согласно взгляду *Bohm-Bawerk*'а, должна была, руководствуясь только что указанными мною чисто субъективными соображениями действующих лиц, заниматься в каждом отдельном случае подобными поисками принципа, который следует всякий раз класть в основание все новой и новой конструкции понятия имущества, следовало бы подвергать самому точному анализу цели и намерения деятелей гражданского оборота, производящих определение стоимости своего имущества; другими словами, следовало бы, прежде чем совершать оценку, решить еще сначала вопрос, для достижения каких именно экономических целей оценка происходит. Понятие имущества является, например, очевидно, совершенно иным в том случае, когда речь идет о состоятельности или несостоятельности какого-либо лица в точно определенный момент, чем, например, в том случае, когда вопрос состоит в оценке имущества с точки зрения хозяйственных забот лично о себе и о своей семье или, например, когда предстоит так или иначе решить, принимать ли на себя деятельность какого-либо важного значения и многое тому подобное. *Bohm-Bawerk* замечает <1>, что ожидаемый в будущем личный заработок часто оценивается не с тем, чтобы сделать определение стоимости имущества, но с тем, чтобы выяснить доход, получаемый тем или другим субъектом в известный период времени. По этому поводу, однако, я замечу, что если

доход, приносимый вследствие пользования собственною рабочею силою, определен, например, за год, то уже ничего не стоит определить также общую цифру дохода, который этим путем вообще может быть получен данным лицом в течение целого ряда будущих лет. Другими словами, рабочая сила вполне допускает возможность оценки ее на деньги, а отсюда недалеко до того, чтобы полученную в результате такой оценки цифру сделать составною частью стоимости оцениваемого имущества. Такая оценка рабочей силы приобретает особенное значение именно в **учении о возмещении убытков**. Заработная плата, которая выпадет в будущем на долю лица, затратившего на труд свою личную энергию, не компенсируется, как это изображает Bohm-Bawerk, такую затратою, хотя эта затрата должна быть, конечно, всегда принимаема во внимание при окончательном определении стоимости имущества и относима к пассиву этого последнего - на том же самом основании, как издержки, составляющие необходимое условие для получения в будущем экономической выгоды, равным образом должны быть в интересах правильности производимой оценки вычтены из стоимости этой выгоды <2>. Это соображение должно быть также принимаемо во внимание в подобных случаях и при возмещении убытков, так что едва ли является возможным, не произведя соответствующего вычета, класть без ограничения в этом смысле в основание возмещения убытков ожидаемый в будущем доход в сумме, имеющей получиться в результате капитализации такого дохода.

<1> L. с., с. 90.

<2> Mataja, L. с., с. 150 (сн. 1).

На основании доказанной мною свободы, какая должна существовать при определении стоимости имущества, является вполне неправильным делать заключение "von der Nomination eines Vermögensobjektes auf das Dasein des nominirten Dinges als selbststandigen Gutes" <1>. Необходимо делать строгое различие между материальными составными частями имущества, т.е. действительными экономическими выгодами, и лишь формами имущества, являющимися созданиями субъективных воззрений лица, которому имущество принадлежит. По мере развития общества не увеличиваются виды материальных составных частей имущества, но только появляются все новые и новые формы имущества, т.е. способы определения стоимости этих материальных составных частей <2>. Что касается специально прав (имущественных прав), то Bohm-Bawerk <3> делает особенное ударение на том обстоятельстве, что они выступают составными частями экономического господства над теми или другими благами, которое существует наряду с чисто физическим господством, дополняя это последнее <4>.

<1> Bohm-Bawerk, I. с., с. 93.

<2> Bohm-Bawerk, I. с., с. 95 - 97.

<3> L. с., с. 43.

<4> L. с., с. 43.

Предыдущее изложение показало, что понятие имущества в области науки политической экономии в том виде, в каком мы встречаем его у Bohm-Bawerk'a, может быть принято лишь с некоторыми изменениями. С этими изменениями, мною уже указанными выше, понятие имущества в экономическом смысле должно быть положено в основание учения о возмещении убытков. Главное значение с этой точки зрения следует придать чисто экономическому явлению "блага" или "полезности". Понятие имущества должно обнимать формы этих благ, или, говоря иначе, **субъективные воззрения** относительно этих благ. Нематериальные интересы таким путем вовсе исключаются из состава имущества. Понятие вреда как предмета обязательства возмещения убытков получает в этом отношении известное ограничение. В пользу такого ограничения говорит не только юридически техническая необходимость придать вреду характер мерила объема возмещаемого убытка, как я ранее на это с особенным ударением указывал, но также сделанное нами определение имущества в экономическом смысле, обнимающее лишь материальные блага и полезности. Разумеется, такое ограничение понятия вреда областью одних имущественных интересов не должно быть понимаемо в узком смысле. В самом деле материальные вещи в отношении вреда имеют интерес не сами по себе, но насколько они служат удовлетворению человеческих потребностей и входят в сферу "благ" или "полезностей", принадлежащих дамамификату. Вот почему, говоря об институте возмещения убытков, следует придавать термину "имущественный интерес" самый широкий смысл - уже ввиду того, что понятие имущества в экономическом смысле считается, как мы видели, с чисто субъективными взглядами лица, которому принадлежит известный имущественный объект, на значение этого имущественного объекта. Необходимость разделения труда между науками ведет к тому, что можно считать известное понятие принадлежащим к области одной какой-либо науки, несмотря на применение этого понятия многими науками. Понятие имущества принадлежит, собственно говоря, к области науки политической экономии, хотя оно применяется и в юридических науках. Вот почему правильное всего будет при пользовании этим понятием в учении о нашем институте исходить именно из того определения, которое дается имуществу с экономической точки зрения, и без особой надобности не уклоняться от этого определения. Ясно, что порою может явиться необходимость ввести некоторые изменения в это понятие сообразно с особенностями единичного случая, но это обстоятельство не изменяет существа дела.

Из приведенного мною определения понятия имущества в экономическом смысле этого слова непосредственно вытекает правильность мысли, которую я защищал несколько выше, а именно что следует делать строгое различие между вредною деятельностью, вызывающею возникновение обязательства возмещения убытков, и чисто физическим

повреждением или даже уничтожением чужих вещей. Я приводил выше юридически техническое основание необходимости такого различия. Повреждение или уничтожение чужих вещей само по себе еще не может дать указания меры, на основании которой должен быть определен объем возмещаемых убытков. Этот взгляд вполне подтверждается приведенным мною определением понятия имущества в экономическом смысле, так как ценность вещей (полезность), согласно сделанным выше замечаниям, играет при таком определении понятия имущества первенствующую роль, а эта ценность вещи не совпадает с самою вещью, а идет гораздо дальше. Отсюда ясно, что повреждение физической вещи как таковой еще не дает необходимого масштаба для определения размера причиненного убытка, потому что с экономической точки зрения такой масштаб следует искать не в той или в другой внешней форме, в которой выступает известный имущественный объект, но в степени его полезности в смысле удовлетворения хозяйственных нужд. Напротив, с экономической точки зрения убыток должен считаться возникшим, хотя бы никакого повреждения чужой физической вещи и не существовало, но если будет лишь доказано, что эта вещь понизилась в своей ценности вследствие какого-либо вредного действия постороннего лица.

§ 56. L. un. C. 7, 47

Однако не следует преувеличивать значения указанного правила, а именно что в экономическом и в юридическом смыслах слова объектом причинения убытков должны быть признаны не физические вещи, но имущество. Имущество как таковое, т.е. в том конкретном виде, в котором происходит реализация имущественно-юридической личности, действительно составляет специфический предмет нападения вредной деятельности того или другого рода. Другими словами, следует считать, что именно **имущество** "понесло убыток". Между тем отсюда еще далеко до того вывода, чтобы в каждом случае причинения убытков видеть непременно нападение на имущество **в его целом**. Имущество как объект нападения вовсе не всегда выступает с таким характером **единства**. Правда, это может иметь место, например, при подрыве кредита потерпевшего лица, при потере работоспособности вследствие вредного действия дамнификанта и т.п., но в большинстве случаев вред ограничивается только известным комплексом имущественных объектов, на которые простирается то или другое право в субъективном смысле. Обыкновенно вред постигает имущество лишь в той мере, в которой оно реализовано в каких-либо имущественных объектах и во всем, что находится с этими объектами в непосредственной экономической связи. Таким образом, относительно большинства случаев причинения убытков можно сказать, что вредная деятельность затрагивает не имущество в его целом, но лишь **особенные формы имущества**. Эти **особенные** формы имущества и составляют по общему правилу предмет нападения действий, вызывающих возникновение обязательства возмещения убытков. В

основании каждой из этих особенных форм имущества лежит известная экономическая полезность, составляющая сущность этой формы, определяя ее значение для потерпевшего лица и придавая ей особенный характер, которым она отличается от других форм того же самого имущества. Различие между "особенными" формами имущества в указанном смысле этого слова и остальными формами этого имущества носит, конечно, только относительный характер, но, несмотря на это, такое различие никогда не должно быть упускаемо из виду.

В истории нашего института это различие сыграло известную роль. Я имею в виду L. un. C. 7, 47. "Особенные" формы имущества обозначаются в этом Законе словами "qui certam habent quantitatem vel naturam". В этих словах выражена мысль, что оценка в случае таких особенных форм имущества происходит по их общепризнанной стоимости, определяемой или количеством предметов одного рода ("certa quantitas"), или же внешними, естественными границами какого-либо предмета, служащего объектом имущественных прав ("certa natura"). Эта "certa quantitas vel natura" составляет уже наперед нормированную ценность и является на основании этого Закона Юстиниана тем "simplum", двойной размер которого не должен быть превзойден при возмещении убытков. Означенное правило L. un. C. 7, 47 не имеет действия в том случае, когда возмещение убытков является непосредственным объектом самого обязательственного договора <1>, потому что несправедливо применять закон, изданный на случай, когда размер убытка носит сомнительный характер, к случаям, при которых этот размер введен в известные границы волею самих сторон. Кроме того, замечу на этот счет, что при наличии указанного обязательственного договора едва ли может идти и речь в современном праве об институте возмещения убытков в установленном мною выше техническом смысле этого слова. Как раз по поводу этого вопроса особенно резко бросается в глаза несоответствие между римским учением об интересе с современным учением о возмещении убытков. В Риме, вопреки мнению Mommsen'a и вопреки господствующему взгляду <2>, L. un. C. 7, 47 применялась также в том случае, когда интерес служил "первоначальным объектом обязательства". Разве в этом случае не может иметь места "certa natura" совершенно на том же самом основании, что и при всяком другом случае возмещения интереса, а если это так, то почему же не допустить также и здесь применения Закона Юстиниана? Cohnfeldt совершенно основательно возражает с этой точки зрения против господствующего взгляда <3>. Я не могу только в том согласиться с Cohnfeldt'ом, что не существует никакой связи между L. un. C. 7, 47 и некоторыми более ранними правилами, а именно ограничением процентов "ultra alterum tantum", двойным взысканием стоимости вещи при эвикции ("duplum") и т.п. Это "удвоение" играло важную роль при фиксировании различных спорных притязаний, а также в некоторых случаях оно отправляло функцию "частного штрафа". Достаточно вспомнить, например, о roenae duplae, stipulationes duplae, cautiones duplae etc. <4>. Ihering основательно замечает <5>, что двойной размер verum rei pretium постоянно выступал в

римском праве в качестве полного эквивалента интереса. Если собрать все эти случаи "удвоения", то нельзя не признать, что разбираемый Закон Юстиниана стоит в известной связи с прежним правом. Целью этого Закона, очевидно, служило стремление *prout possibile* положить предел спорам касательно объема интереса. Эта цель не может быть достигнута законодательством по самой природе дела в тех случаях, "*qui incerti esse videntur*". Относительно этих случаев законодатель должен был ограничиться приказанием, чтобы судья поступал "*cum competenti moderatione*". Иначе обстояло дело во **всех тех** случаях убытков, которые касаются определенной "*quantitas*" или имеют определенную "*natura*" ("*in omnibus casibus, qui certam habent quantitatem vel naturam veluti in... omnibus contractibus*"). В этих случаях имеется "*simplum*", могущее быть удвоено, и эта удвоенная сумма может служить практической границей ответственности. Мое толкование рассматриваемого постановления подтверждается еще тем обстоятельством, что в "*simplum*" может войти также "*lucrum cessans*", как это видно из § 2 *eod.* Закон Юстиниана имеет в виду случаи, когда является возможным объективное ограничение убытка ("*vera rei aestimatio*"): именно при таком положении дела интерес не должен превышать двойного размера произведенной оценки, а при всяком ином положении дела Закон не имеет применения. Что касается внутреннего достоинства разбираемого Закона, то вся его произвольность бросается, конечно, прямо в глаза. С другой стороны, в защиту его надо вспомнить сказанное мною выше, а именно что подобного рода фиксирование размера возмещения убытков, как мы встречаем в этом Законе, было у римлян весьма распространенным явлением также во многих других случаях. Кроме того, в пользу Закона Юстиниана говорит и та значительная трудность, с которою вообще сопряжено определение размера интереса.

<1> См.: F. Mommsen, *Beitrage zum Obligationenrecht*, Bd. II, с. 235.

<2> См., например: Vangerow, *Pand.*, Bd. III, с. 47; Windscheid, *Pand.*, Bd. II, с. 36.

<3> Cohnfeldt, *Die Lehre vom Interesse nach romischem Recht*, с. 47 сл.

<4> Ihering, *Geist*, Bd. I, с. 106 сл.

<5> L. с., с. 107 (сн. 126).
