

В. А. ОЙГЕНЗИХТ

ПРОБЛЕМА РИСКА
В ГРАЖДАНСКОМ
ПРАВЕ

(ЧАСТЬ ОБЩАЯ)

ОГЛАВЛЕНИЕ

Глава 1. Традиционные определения и теории риска	5
§ 1. Этимологические и юридические определения риска	5
§ 2. Основные теории риска и объективная ответственность за причинение	13
§ 3. Риск как универсальная категория и теория распределения рисков	39
Глава 2. Понятие риска в гражданском праве	48
§ 4. Сознание, воля, вина	48
§ 5. Casus и риск	62
Глава 3. Объективный случай и непреодолимая сила	84
§ 6. Объективный случай и случайность	84
§ 7. Непреодолимая сила	107
Глава 4. Невозможность исполнения и риск	136
§ 8. Понятие невозможности исполнения обязательств	136
§ 9. Виды невозможности исполнения	154
Глава 5. Риск как основание гражданскоправовой ответственности и распределения убытков	178
§ 10. Правомерность и противоправность	178
§ 11. Вина — главное субъективное основание гражданскоправовой ответственности	193
§ 12. Риск как одно из оснований (условий) гражданскоправовой ответственности и распределения убытков	205

ВИКТОР АРКАДЬЕВИЧ ОЙГЕНЗИХТ

ПРОБЛЕМА РИСКА В ГРАЖДАНСКОМ ПРАВЕ

(ЧАСТЬ ОБЩАЯ).

(На русском языке)

Редактор издательства *Г. М. Коршикова*
Художественный редактор *Л. Винников*
Техн. редактор *Л. Шашкова*
Корректор *Е. Лымаренко*

Сдано в производство 14/II—1972 г. Подписано в печать 8/IX—1972 г. Бумага № 1. Формат 60×90¹/₁₆. Печат. листов 14. Уч. изд. л. 16,31. КЛ 04810. Тираж 1500. Зак. № 2—687. Цена 1 р. 63 к.

Издательство «Ирфон». Душанбе, Шевченко, 10.

Киевский полиграфический комбинат Государственного комитета Совета Министров Украинской ССР по делам издательств, полиграфии и книжной торговли, ул. Довженко, 3.

Большие задачи, поставленные перед советским правом XXIV съездом КПСС, особые требования к своевременному и надлежащему исполнению договорных обязательств, к повышению ответственности за нарушение правовых норм требуют всемерного совершенствования законодательства, а следовательно, глубокого и всестороннего развития науки социалистического права.

Настоящая монография является общей частью исследуемой проблемы и посвящена прежде всего вопросам гражданско-правовой ответственности. Теоретической разработке оснований юридической ответственности в последнее время отведено достойное место в ряде работ, но вопросы риска и случая изучены ещё недостаточно и спорных концепций ещё довольно много. Это обязывает уточнить некоторые положения теории гражданского права, проанализировать отдельные гражданско-правовые категории.

Выполнение задач новой пятилетки немыслимо без научно-технического прогресса, что особенно подчёркивалось на XXIV съезде КПСС. А это связано с творческими, смелыми поисками, которые не исключают и оправданный риск. В речи при вручении ордена Ленина Харьковскому тракторному заводу 13 апреля 1970 года Генеральный Секретарь ЦК КПСС Л. И. Брежнев сказал: «Можно было бы привести сотни примеров, когда инициатива масс, самостоятельные решения, нередко связанные с определённым, но оправданным риском, приносят хорошие, эффективные результаты»¹.

¹ «Правда», 14 апреля 1970 года.

Целью предпринятого исследования является раскрытие проблемы риска во всех её аспектах: и в рамках гражданско-правовой ответственности, и со стороны исполнения обязательств, и с точки зрения основания для возмещения убытков, и как категории, связанной с творческим процессом. Все указанные вопросы освещаются не только в Общей части, но и в других разделах исследования — в его Особенной части, выходящей за рамки данной монографии. В частности, в главах Особенной части рассматриваются вопросы, относящиеся к риску и праву собственности, к риску при вступлении в сделку и при существенном заблуждении, при невозможности исполнения и при исполнении, к риску гаранта, творческому и деликтному риску, к риску в страховом праве, к рискованным сделкам и т. п.

ТРАДИЦИОННЫЕ ОПРЕДЕЛЕНИЯ И ТЕОРИИ РИСКА

§ 1. Этимологические и юридические определения риска

В жизни нам часто приходится встречаться со словом «риск». Этот термин применяется для определения ряда различных явлений и раскрыть его этимологическое значение чрезвычайно трудно.

В задачу настоящего исследования не входит углубление в дебри языкознания, однако следует сказать, что в русский язык это слово пришло из европейских языков, скорее всего из испанского, на котором оно означает скалу (*risco*).

В. И. Серебровский уточняет, что слово это португальского происхождения и означает отвесную скалу¹. Мореплаватели этим словом обозначали опасность, которая угрожала их кораблям. Так это значение («опасность» или «угроза опасности») прочно укоренилось за словом «риск» в его основном понимании.

Риск понимается как опасность², как опасность, угрожающая страховому объекту каким-либо вредом³, как возможная опасность⁴. Такое же значение придают риску и иностранные словари⁵.

Именно в смысле опасности, страха, угрозы, связанных с неизбежностью несения невыгодных материальных последствий, это слово в его специальном значении перешло в право, в частности, в гражданское право. Даже в классической римской терминологии, употреблявшей в этих случаях чаще всего слово «*periculum*», оно означает опасность, беду⁶.

¹ См. В. И. Серебровский. Очерки советского страхового права. Госиздат, 1926, стр. 118.

² См. Толковый словарь русского языка. М., 1939, стр. 1360.

³ См. Энциклопедический словарь Брокгауза и Эфрона, т. XXVIa. СПб., 1899, стр. 804.

⁴ См. Словарь современного русского языка, т. 12, Изд. АН СССР, 1961, стр. 1321.

⁵ См. например, *Grand Dictionnaire universel, du XIX^e siècle* Risque — опасность, помеха, возможность, вероятность ее.

⁶ См. Латинско-русский лексикон. М., 1860, стр. 338. В латинском языке употребляется еще слово *risicum*.

В дореволюционных правовых актах довольно часто употреблялось слово «страх», являвшееся синонимом слова «риск» в значении «угрозы, опасности». Для примера можно обратиться к неизвестному проекту Гражданского уложения. В ст. 110 указано, что если имущество соответствует договору, то должник считается исполнившим обязательство, и «страх за случайную гибель или случайное повреждение имущества и издержки по хранению обязан нести веритель». В ст. 226 говорится, что при продаже движимого имущества до передачи его покупщику страх несет продавец; аналогично упоминается о страхе и в ст. 227, и в ст. 233 (страх потери предоставленного права преимущественной покупки), и в ст. 300 (наниматель обязан уведомить о необходимости починки вещи под страхом ответственности за убытки), и в ряде других статей⁷.

Нельзя сказать, чтобы наше законодательство широко пользовалось словом «риск» или аналогичными терминами. Так, в действующем гражданском кодексе РСФСР мы встречаемся с этим понятием в ст. 138 (риск случайной гибели или случайной порчи переходит на приобретателя одновременно с возникновением у него права собственности, кроме случаев просрочки передачи или принятия вещи) и в ст. 357 (риск случайной гибели материалов при исполнении договора подряда). Вряд ли поэтому можно согласиться с утверждением В. Рассудовского о том, что термином «риск» широко пользуется гражданское законодательство⁸. Нечасто можно встретить это слово и в законодательстве других стран. Но означает ли это, что законодатель вообще не допускает применения в других случаях категории риска, пусть даже в понимании ее как угрозы (опасности) невыгодных имущественных последствий? В. Серебровский, раскрывая сущность риска с экономической точки зрения, указывает, что с ним, как с какой-то неизвестностью, могущей повлечь за собой хозяйственно-невыгодные последствия, мы встречаемся чрезвычайно часто в самых разнообразных сферах хозяйственной деятельности⁹. Он солидарен с высказыванием М. М. Агаркова о том, что идея риска проходит через все гражданское право. В большинстве случаев идея риска, лежащая в основании гражданско-правовых отношений, внешне не выражается, но в ряде норм она легко обнаруживается при достаточном анализе¹⁰. С этим высказыванием трудно не согласиться.

В правовой зарубежной литературе термин «риск» приме-

⁷ См. Гражданское уложение. Кн. 5 Обязательства (проект), СПб, 1899.

⁸ См. В. Рассудовский. Вопрос об имущественном риске в гражданском праве. «Советская юстиция», № 18, 1963, стр. 11.

⁹ См. В. Серебровский. Страховой риск. Сборник статей кафедры «Проблемы современного права» и правового факультета Харьковского института народного хозяйства, посвященный памяти акад. В. М. Гордона, 1927, стр. 189.

¹⁰ См. М. М. Агарков. Очерки кредитного права, 1926, стр. 52.

няется значительно шире, чем в юридических нормах. Некоторые авторы прямо указывают на то, что законодатель подразумевает риск в целом ряде случаев, хотя не называет его, и даже излагают целые теории риска, применительно к отдельным институтам гражданского права.

Вот несколько примеров без всякой претензии на какую-либо систему и хронологический порядок.

С применением понятия «риск» к отдельным институтам сталкивались еще римские юристы, упоминая, в частности, о «риске кредита», об «отсрочке на чей-то риск»¹¹. О риске в договоре хранения говорит Hans Schreuer¹². Ссылаются на риск в различных договорах и M. Planiol et G. Ripert (например, риск экспедитора, риск наследника)¹³.

В то же время в соответствующих артикулах французского гражданского кодекса слово «риск» не упоминается. На риске жилищном (locatif), на риске за чужих лиц и за вещи под надзором, в безвозмездной перевозке и в ряде иных случаев подробно останавливается Henri Lalou¹⁴.

Несколько теорий риска изложил Евгений Годэмэ в своем труде, посвященном обязательствам. В частности, говоря о недействительности договора, он приводит теорию Виндшейда о законной ответственности, считавшего, что недействительность договора — это принятый на себя риск возможных последствий, так называемый принцип преддоговорной ответственности, разумность и правильность которого не отвергается Годэмэ¹⁵. Основная теория риска, на которой останавливается Годэмэ, связывается им с неисполнением, за которое должник не отвечает¹⁶.

Автор, напоминая о традиционных схемах: *res perit domino* (вещь погибает за счет собственника) и *res perit creditori* (риск лежит на кредиторе) при случайной невозможности исполнения, ставит вопрос о риске в обязательствах, возникающих из синаллагматических договоров. В этих договорах встречаются два обязательства, из которых одно может остаться выполнимым. Возникает вопрос: обязана ли выполнить свое обязательство вторая сторона, если встречное обязательство выполнено быть не может? По общему правилу прекращение обязательства одной стороны влечет за собой по французскому гражданскому

¹¹ См. Ю. Барон. Система римского гражданского права. Кн. IV, СПб, 1910, стр. 132.

¹² См. Hans Schreuer. Deutsches Privatrecht. Stuttgart, 1921, стр. 274.

¹³ См. Marcel Planiol, Georges Ripert. Traité pratique de droit civil français. т. IV. Paris, 1928, стр. 207—209, 712—713.

¹⁴ См. Henri Lalou. Traité pratique de la responsabilité civile. Paris, 1955, стр. 345, 346, 358, 535, 584, 621, 692, 712 и др.

¹⁵ См. Евгений Годэмэ. Общая теория обязательств. Перевод И. Б. Новицкого. М., Госюриздат, 1948, стр. 208.

¹⁶ Там же, стр. 380—387.

праву прекращение обязательства другой стороны, но это правило имеет исключения, которым дается различное объяснение, связанное с понятием «риска». В частности с должника на кредитора переносится тяжесть риска исполнением. Далее автор приводит традиционное объяснение, почему в момент заключения договора на индивидуальную вещь риск несет кредитор и критикует это объяснение как с логической, так и с исторической точек зрения.

Эти же вопросы охватывает в основном и теория риска, которую излагает Л. Жюллио де ла Морандьер¹⁷. Как видим, термин «риск» достаточно прочно вошел в зарубежную цивилистическую литературу, но общее понятие этому термину, отличное от того, о котором говорилось выше, в ней не дается¹⁸.

В гражданском праве, как и в жизни, мы сталкиваемся со словом «риск» не только в указанном значении. Так, в названных словарях риск понимается и как действие (идти на риск, на удачу) и как принятие на себя ответственности, последствий, и как смелый и даже необдуманный (без верного расчета) поступок и т. д. Специальное значение придается страховому риску.

С попытками дать определение понятию «риск» мы встречаемся в ряде работ отечественных авторов. Различная трактовка этого слова предопределила и различие в определениях, ибо под эту категорию авторы подводят и разные правовые явления. Я. М. Магазинер определяет риск как угрозу благам, как всякую возможность ущерба, всякую угрожающую возможность зла¹⁹.

А. Г. Зейц определял договорный риск как договорное обременение одной стороны хозяйственно-невыгодными последствиями в случае изменения существующих при заключении договора обстоятельств²⁰.

Два вида риска различает В. Рассудовский: риск договора и риск за технические решения, причем, во втором случае риск понимается как сознательный и правомерный шаг²¹.

Специальную работу проблеме риска посвятил М. С. Гринберг. Под понятием риска он понимает правомерное опасное действие²². В своей кандидатской диссертации автор отмечает,

¹⁷ См. Л. Жюллио де ла Морандьер. Гражданское право Франции. 2, перевод Е. А. Флейшиц, М., 1960, стр. 324—327.

¹⁸ Н. Schreier в цитированной выше работе понимает риск как опасность.

¹⁹ См. Я. М. Магазинер. Советское хозяйственное право. 1928, см. также его определение в Энциклопедическом словаре Института «Гранат», т. 36, стр. 578. Общая теория риска этого автора рассматривается ниже.

²⁰ См. А. Г. Зейц. Влияние изменившихся обстоятельств на силу договоров. Иркутск, 1928, стр. 37.

²¹ См. В. Рассудовский. Вопрос об имущественном риске в гражданском праве. «Советская юстиция» № 18, 1963, стр. 11.

²² М. С. Гринберг. Проблема производственного риска в уголовном праве. М., Юриздат, 1963, стр. 12.

что гражданское право связывает понятие риска с **определенной, более или менее значительной опасностью, вероятностью ущерба**²³. Автор дает также определение производственно-хозяйственному риску, имеющее значение и для гражданского права, понимая его как состояние, при котором рабочий или служащий государственной или общественной организации, путем поставления в опасность правоохраняемых интересов последних, добивается недоступного другими средствами производственного достижения²⁴

А И Омельченко в понятие «риск» вкладывает идею защиты от вредных природных сил во избежание хозяйственных убытков²⁵. Автор указывает на два значения слова «риск»: возможность наступления известного события и само событие, наступление которого обуславливает имущественный ущерб. Исходя из идеи, вкладываемой в это понятие, и из двух значений этого слова. А И. Омельченко делает следующие выводы:

1) Риск как термин, служащий для обозначения сущности явления, наступающего в процессе деятельности человека, связанной с неблагоприятной для него стороной его взаимодействия на природу, обуславливающего возможность имущественного ущерба для данного лица, коллектива, — в социалистическом обществе характеризует не только сущность явления, его природу, но и свойственную этому явлению новую тенденцию, — элиминирование риска как задача охраны социалистической собственности перерастает из национальных рамок в рамки защиты интересов трудящихся и в странах социалистического содружества;

2) «Риск» как термин, отражаемый правовой доктриной и практикой социалистического строительства, обозначает сущность явлений, наступление которых вызывает имущественный ущерб. Автор подчеркивает, что содержание этого понятия надо искать в области человеческой деятельности, в процессе использования и присвоения человеком предметов природы, однако не только в связи с неблагоприятной стороной его борьбы с ней.

Несмотря на всю специфичность этих выводов и явную громоздкость терминологии, четкого определения понятию «риск» не дается, сущность явлений так и остается автором не раскрытой.

Особое значение термину «риск» придается в договоре страхования — опасность или вероятность наступления страхового случая, хотя в литературе, посвященной вопросам страхования, нет одинакового взгляда на этот термин. Так, В. И. Серебров-

²³ См. М. С. Гринберг. Значение производственно-хозяйственного риска по советскому уголовному праву. Диссертация, 1957, стр. 13.

²⁴ См. там же, стр. 42.

²⁵ См. А. И. Омельченко. Творческий риск, его государственно-правовая охрана. Изд. МГУ, 1955, стр. 7—12.

ский указывает на следующие его значения в этом договоре: 1) событие, от наступления которого находится в зависимости возмещение убытков страховщиком; 2) возможность или вероятность наступления события, угрожающего лицу или имуществу; 3) необходимость нести невыгодные последствия возможного, неизвестного события; 4) предел невыгодных последствий страхового случая; 5) возможная хозяйственная невыгодность страховой сделки; 6) объект страхового правоотношения²⁶. Внимание риску в связи с переходом права собственности по договору купли-продажи уделил Б. Л. Хаскельберг. В его работах, посвященных этой проблеме, встречаются в основном, аналогичные определения «риска» как опасности случайной гибели или ухудшения проданной вещи (после заключения договора), не являющегося следствием недостатков вещи. Иными словами, это опасность наступления гибели или ухудшения вещи и возникновения связанного с этим материального ущерба не в результате каких-либо ее недостатков, а вследствие влияния на вещь внешних сил или хотя и присущих ей внутренних свойств, но не относящихся к недостаткам в гражданско-правовом смысле²⁷.

В. Рассудовский считает, что термин риск обозначает определенные явления, наступление которых приводит к материальным потерям²⁸. А. А. Собчак полагает, что риск — «это всегда опасность возникновения неблагоприятных последствий (имущественного или личного характера), относительно которых неизвестно, наступят они или нет»²⁹. В. В. Грибанов отождествляет термин риск с «невыгодными последствиями»³⁰.

Совершенно правильную позицию в общей оценке категории риска занял О. А. Красавчиков, который подчеркивает, что она предана забвению и практически почти не применяется в нашей науке, тем более как общецивилистическая категория. Автор справедливо выступил против умаления значения риска. Давая определение риску, он не ограничивается только случайной

²⁶ См. В. И. Серебровский. Страховой риск, стр. 195 и след.

²⁷ См. Б. Л. Хаскельберг. Переход права собственности по договору купли-продажи в советском гражданском праве. Кандидатская диссертация. Л., 1950, стр. 389. См. также его: Риск случайной гибели проданной вещи по советскому гражданскому праву. «Ученые записки Томского госуниверситета», № 23, 1954, стр. 41.

В свое время В. И. Серебровский считал термины «риск» и «опасность» синонимами. (См. Страхование. М., Финиздат, 1927, стр. 85). Считает понятие риск по смыслу почти аналогичным или родственным понятию «опасность» (явление, которое связано с отрицательными последствиями с экономической точки зрения, которые возможно могут возникнуть, но не могут быть точно предсказаны) и Р. Braess. (См. *Versicherung und Risiko*. Weesbaden, 1960, стр. 11).

²⁸ См. В. Рассудовский. Указ. статья, стр. 11.

²⁹ А. А. Собчак. О некоторых спорных вопросах общей теории правовой ответственности. «Правоведение», № 1, 1968, стр. 55.

³⁰ См. В. П. Грибанов. Договор купли-продажи по советскому гражданскому праву. М., 1956, стр. 33.

гибелью или порчей вещи, хотя и указывает, что именно в такой плоскости он определяется в большинстве случаев. Автор подчеркивает, что под риском случайной гибели, случайной невозможности исполнения обязательств обычно понимают невыгодные имущественные последствия, наступающие в связи с обстоятельствами, возникшими без вины лиц, участвовавших в правоотношении³¹.

Близко к этому определению находится определение, данное в Большой Советской Энциклопедии — возможность наступления убытков вследствие гибели или повреждения имущества либо невозможности выполнения обязательства, за которые участники договора не несут ответственности³², однако замена слова «вина», словом «ответственность», как будет показано ниже, имеет существенное значение.

Справедливо критикуется О. А. Красавчиковым неудачное определение риска, данное в юридическом словаре: возложение на лицо, убытков, возникающих вследствие гибели или порчи имущества, не обусловленных виной какого-либо лица³³.

Несколько иначе звучит определение риска случайной гибели, данное в словаре 1953 года — риск убытков от гибели (порчи) имущества, происшедшей по причинам, за которые стороны не отвечают³⁴. О. А. Красавчиков указывает, что несение риска заключается в «принятии на себя» в соответствии с законом могущих наступить в результате случайных обстоятельств убытков.

Автор далее подразделяет риск на два вида: общий (лежащая в силу закона или договора обязанность принять невыгодные последствия при любых случайных обстоятельствах) и специальный (несение в силу закона обязанности принятия невыгодных имущественных последствий, наступивших в результате только субъективно-случайных (невиновных) обстоятельств³⁵).

Ни учебники гражданского права, ни гражданские кодексы не раскрывают понятия риска.

Возможно, в этом и нет никакой нужды, возможно, это само собой разумеющееся понятие, не могущее вызвать двойственное толкование его смысла? Все сказанное выше опровергает такой вывод. Единства нет даже в житейском понимании слова «риск», тем более необходимо дать ему четкое правовое определение, что мы и попытаемся сделать в следующей главе.

³¹ См. О. А. Красавчиков. Возмещение вреда, причиненного источником повышенной опасности. М., Госюриздат, 1966, стр. 144—145. Широкое место отводит риску и Н. С. Маленин. (См. Вина — необходимое условие имущественной ответственности, «Советское государство и право», № 2, 1971, стр. 32, 33).

³² См. БСЭ, т. 36, стр. 544.

³³ См. Юридический словарь, т. 2, Госюриздат, 1956, стр. 343.

³⁴ См. Юридический словарь, Госюриздат, 1953, стр. 576.

³⁵ См. О. А. Красавчиков. Цитир. соч., стр. 146 и 147.

Нами приведены различные определения этой категории. Некоторые из них носят специфический характер, отражают различные явления, в которых применяется риск, и не сравнимы с другими определениями (таковы творческий риск, риск в договоре страхования, производственно-хозяйственный риск), но многие определения идентичны по характеру, отражаемых в них правовых явлений (случайная гибель вещи, случайная невозможность исполнения). Тем не менее авторы иногда исходят из различных взглядов даже на само это слово. На неточность такого понимания категории риска в определении, данном в юридическом словаре 1956 года, указывал О. А. Красавчиков. В этом определении риск понимается как «возложение убытков»; также понимает риск и А. Г. Зейц.

Не только в правовой литературе мы встречаемся с определениями риска. Так, Л. А. Растрин понимал под риском средний возможный ущерб, связанный с принятием оптимальных решений. При этом ученый связывал величину риска не только с возможным ущербом, но и с очевидностью, с которой этот ущерб наносится³⁶. Для того чтобы выбрать наиболее оптимальное решение с минимальным риском, утверждает автор, — нужно составить функцию риска, которая заключается в следующем: $R = Ar^1 + (A + B)r^2$. Где R — риск, A и B — ущербы от решения первого и второго рода, r^1 и r^2 — степень уверенности, что произойдут ошибки при принятии решения первого и второго рода³⁷. Мы не станем вникать в рассуждения автора, они интересны и любопытны, но не имеют прямого отношения к тому аспекту этой проблемы, который подлежит нашему исследованию. В свое время встречалась трактовка риска как ущерба, причиняемого объекту перевозки³⁸. Иногда риск (имеется в виду нормальный производственно-хозяйственный риск) даже понимается, правда — в трудовом праве, как потери, которые не могут быть заранее предвидены или просто, как неизбежные потери в пределах норм естественной убыли³⁹. Такое понятие риска звучит совсем уже парадоксально. В других определениях риск понимается принципиально иначе — как опасность (угроза, возможность) убытков⁴⁰. В некоторых он фигурирует как определенные явления (В. Рассудовский).

В определении Б. Л. Хаскельберга риск понимается как опасность случайной гибели, не как опасность (угроза) имуще-

³⁶ См. Л. Растрин. Этот случайный, случайный, случайный мир. М., «Молодая гвардия», 1969, стр. 98, 99.

³⁷ См. там же, стр. 105, 106.

³⁸ См. А. Г. Гусakov. Железнодорожное право по законодательству СССР. М., Транспечать НКПС, 1929, стр. 206.

³⁹ См. Комментарий к законодательству о труде. М., Госюриздат, 1966, стр. 317, 318.

⁴⁰ М. С. Гринберг также определяет риск как возможность нежелательной случайности, как вероятность ее наступления. (См. Проблема производственного риска в уголовном праве. М., Юридич. лит., 1963, стр. 92).

ственных потерь, вызванных случайной гибелью, а именно, как опасность самой гибели. Вряд ли такой взгляд на риск оправдан. Неточен Б. Л. Хаскельберг и в дальнейшей расшифровке этого понятия, говоря о том, что право требования к виновному имеет тот, на ком лежит риск случайной гибели⁴¹. Если гибель случайная, то виновника не может быть. В других местах автор допускает такие выражения: риск гибели может быть возложен на виновного поставщика; если можно гибель вменить в вину, то риск гибели относится на виновного⁴². Такая связь риска с виновными действиями встречается иногда в правовой и экономической литературе⁴³.

Действительно, в общем значении этого понятия не играет роли наличие или отсутствие вины, но, когда имеется в виду случайная гибель вещи, связывать риск с виной недопустимо. Вообще риск зачастую превращается в какой-то универсальный термин, причем, настолько безропотный, что с ним можно производить какие угодно операции. Так, например, риск можно нести (так указано в ГК); термин «несение риска» употребляет и О. А. Красавчиков, которого нельзя обвинить в несерьезном отношении к этому понятию; риск может «покрываться», возможно «освободиться от известной доли риска»; встречаются и такие выражения, как «тяжесть риска», «распределение риска», а у М. С. Гринберга даже: «риск опасен»⁴⁴. На неточность подобных выражений указывал еще В. И. Серебровский⁴⁵.

Нельзя не отметить, что данное в самих правовых нормах (ст. 138, ст. 357 ГК РСФСР) понятие риска не только, как было отмечено выше, не раскрывается, но и способствует различным толкованиям. Действительно, как понимать слова «риск случайной гибели (порчи) переходит...», «риск несет просрочившая сторона». Здесь есть свобода для размышлений: то ли переходят сами убытки, то ли переходит опасность и т. п. Это и обязывает ученых-юристов дать четкое, правильное определение этой категории, исключаящее разнобой в понимании и в применении ее на практике.

§ 2. Основные теории риска и объективная ответственность за причинение

Попытку дать определение понятию «риск» предприняли юристы — сторонники применения объективной ответственности за причинение, которая, в частности, связана с так называемым профессиональным риском.

⁴¹ См. Б. Л. Хаскельберг. Указан. диссерт., стр. 391.

⁴² См. там же, стр. 274, 278.

⁴³ См., например, М. Л. Тамаркин. Техника реализации экспортного леса, М., 1929, стр. 37.

⁴⁴ См. М. С. Гринберг. Цитир. диссерт., стр. 43.

⁴⁵ См. В. И. Серебровский. Цитир. статьи, стр. 201.

Более 60 лет в юридической науке и практике с различной интенсивностью выдвигается принцип возложения на причинителя вреда ответственности за самый факт причинения, за то, что он действовал определенным образом, извлекал выгоду или рассчитывал на нее. По этой причине он и должен нести риск, порожаемый этой деятельностью. Это и есть объективная ответственность, основанная на причинении.

Объективная ответственность включает в себя комплекс различных теорий риска, детально разработанных в основном французскими юристами. Из трудов французских авторов последнего периода представляет интерес в этом плане посвященное гражданской ответственности исследование, авторами которого являются Henri et Léon Mazeaud, Andre Tunc, им мы воспользуемся для раскрытия сути этих теорий¹.

Согласно теории полностью отрицательной, так называемой теории интегрального риска, сам факт причинения обязывает к восстановлению ущерба. Это негативная теория, которая не различает никаких обстоятельств, усугубляющих или смягчающих вину причинителя; достаточен любой факт, независимо от того, как действовал субъект. Отдельные сторонники этой теории объясняли ее тем, что в праве достигнута материализация, они выступали против психологической стороны, отбрасывая отдельного субъекта, отдельную личность. Это и есть теория причинения.

Другие юристы исходили из позитивистских взглядов. На этой позиции стояли представители итальянской школы, выдвинувшие в уголовном праве следующее: факт нужно рассматривать сам по себе, в зависимости от его вреда обществу. Эта идея нашла отражение и в гражданском праве.

Еще одно «философское» течение исходило из «социализации» права, утверждая, что личность ничто, существует только общество, которым и занимается право, чье назначение — развитие общества, общественный интерес. Тесно примыкает к этому и тенденция о введении риска во имя морали и справедливости. Вопрос о том, на кого возложить материальные потери: жертву или причинителя, решается просто — на жертву возлагать несправедливо, должен отвечать тот, кто совершил². Вот на этих «рассуждениях» строилась теория причинения, теория интегрального риска. Сторонников этой теории не смущала несправедливость возложения ущерба при «случае»; справедливость, по их утверждению, требует, чтобы отвечал каждый за совершенные действия.

Нужно отдать должное этой теории. В свое время она имела безусловно положительное значение. Нельзя умалять ее роли и

¹ См. Henri et Léon Mazeaud, Andre Tunc. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, т. 1, Paris, 1957.

² См. Henri et Léon Mazeaud, Andre Tunc, там же, стр. 421, 422.

в издании во Франции Закона 1898 года о несчастных случаях на производстве, хотя, конечно, борьба трудящихся была главной причиной появления этого закона, ибо до его появления рабочие были обречены на материальные лишения, если пострадали случайно, а ведь многие годы предприятия получали выгоду, прибыль, используя этих рабочих. Но в дальнейшем эти положительные идеи были преданы забвению.

Среди сторонников риска были и представители так называемой исторической школы. Они заявляли, что право претерпевает неизбежные изменения, что все время увеличивается различие между гражданской и уголовной ответственностью и нельзя возлагать ущерб только на того, кто лишь плохо действовал — это удел наказания.

Сторонником ответственности за причинение был Савиньи и его приверженцы, объяснявшие ее социальными требованиями. Французский юрист Jossegand утверждал, что темп жизни изменился, что частота рисков, увеличение опасности, конфликтов между личностью и коллективом требуют признания достаточным причинения³.

Объяснений необходимости применения теории риска много, причем, некоторые ученые не считают возможным игнорировать полностью всякие критерии. К числу сторонников теории риска прежде всего нужно отнести тех, которые выдвигали принципы *l'acte anormal* (необычных действий) и *profit* (выгоды).

Среди приверженцев первой концепции были и такие, которые считали допустимым возложение ущерба на владельцев, если даже они совершили ненормальные действия (ущерб, причиненный соседям), однако большинство сторонников этого принципа вынуждено было признать, что разница между обычными и необычными действиями — это по существу новая формула вины, ибо вопрос сводится к тому неосторожно или осторожно совершено действие; причем, то что сегодня ненормально, необычно (например, езда на автомобиле), завтра может быть вполне обычным, нормальным. Опасные действия — это фактически вина в форме неосторожности, но характер ее необычен. По существу в этой теории между риском и виной существует определенное согласие. Не случайно французский юрист М. Ripert, придерживавшийся принципа *l'acte anormal*, признал в конце концов вину основанием гражданской ответственности⁴.

Сторонники второго принципа признают тоже не все действия, могущие повлечь за собой взыскание ущерба, а только те, которые дают выгоду причинителю. Они придерживаются латинского принципа: «*Ubi emolumentum, ibi opus*». Возникает вопрос: что такое выгода? Если трактовать ее в широком смысле,

³ См. Henri et Léon Mazeaud, Andre Tunc, там же, стр. 423, 424.

⁴ См. Henri et Léon Mazeaud, Andre Tunc, там же, стр. 425, 426.

то любой, кто совершает действие, выгадывает, но сторонники принципа «выгоды» не придерживались такого широкого критерия. Из выгоды они исключали действия, лишённые разума, совершенные без морального или денежного интереса, в то же время утверждая, что кто создает риск для других, создает тем самым для себя источник выгоды (близко к немецкой системе использования — *haftpflicht* кто создает, наблюдает, руководит теми, кто может причинить ущерб — отвечает) ⁵.

Интересно отметить, что приведенные выше теории риска вызвали критику прежде всего в среде буржуазных ученых. Эти критические взгляды излагают и авторы исследуемого труда ⁶. Находясь на сугубо идеалистических позициях, Henri и Léon Mazeand а также Andre Tupc, извращая материалистическую философию, приписывают именно ей создание теории риска, как отрицание личности, отношений между людьми, роли индивидуума и свободы. Авторы утверждают, что теория риска неприемлема с точки зрения логики, справедливости и морального порядка, поддерживаемого мощью «всегда живого идеализма». Ими опирается необходимость установления теории причинения, выдвигаемая сторонниками итальянского уголовного кодекса, причем интересно, что для решения вопроса о применении уголовного наказания, они считают вполне справедливым отказаться от учета степени вины, руководствуясь необходимостью социальной защиты общества от преступников (главное — опасность, которую должно избежать общество), но в гражданской ответственности они не допускают достаточным признания лишь факта причинения, ибо наличие или отсутствие вины не решает вопроса об избавлении общества от опасности. Одно из самых существенных опасений тех, кто критикует теорию риска, в том числе и названных авторов, — это возможность парализовать инициативу, обречь на бездействие индивидуума, который должен отвечать, несмотря на проявленную осторожность. Отсюда, по их утверждению, существует экономическая опасность теории риска. В этом объяснении кроется существо споров между сторонниками и противниками теории риска в среде буржуазных ученых.

Критикуя эту теорию, ее противники заявляют о том, что она полностью не оправдана, что нельзя забывать, что тот, кто действует, часто не свободен в выборе.

Теория риска, по их утверждению, опасна угрозой разрушения всякой активности, она ведет к тому, что промышленник и коммерсант должны будут возмещать ущерб своим конкурентам. И хотя теория риска — выгоды, по утверждению Mazeand et Tupc более прогрессивна, чем полностью негативная теория риска только потому, что она имеет общую моральную основу

⁵ См. Henri et Léon Mazeand, Andre Tupc, стр. 427, 428.

⁶ См. там же, стр. 428—439.

с теорией вины (справедливо возлагать риск на того, кто хочет выгоды), — суть их одна. В пользу теории риска с практической точки зрения выступает и то, что ответственность может приниматься по обязательству тем, кто имеет выгоду и идет на риск, она может и распределяться между всеми. Но такое распределение, утверждают, приведет к росту цен и может вызвать экономические трудности государства.

Вызывают спор и малоубедительные исторические аргументы защитников теории риска. Они заявляют о различии уголовной и гражданской ответственности, полагая, что вина уголовная — это состояние души человека и только она связана с виновностью. Новые течения в праве, особенно в скандинавском, идут по пути сужения ответственности, считая ее необходимой для безопасности граждан против тех, кто мог бы совершить преступление. Но кто отбрасывает принцип вины, тот рушит и теорию риска. Сама же теория риска, по мнению ее критиков, очень опасна и применять ее можно весьма ограниченно и осторожно.

Если эта теория и применима в какой-то мере к несчастным случаям на работе, то нельзя ее применять, подобно законодательству скандинавских стран, к автомобильным катастрофам. Здесь теория риска поглощается сама собой: один всегда подвергается риску, так как что-то безусловно может случиться с вещью, но и другой не находится в безопасности. Жертва и создает риск и подвергается опасности. Именно в этом проявляется, по мнению критиков теории риска, ее противоречивость. Действительно, переходя улицу, человек рискует, но и сам создает опасность. Нельзя противопоставлять деятельность человека вещи, нельзя оставить, утверждают они, теории риска и поле деятельности даже со стороны вещей.

Подвергаются критике и смешанные теории, которые допускают риск лишь в некоторых областях, где есть эксплуатационная деятельность и выгода. В этом случае какая-то часть ущерба относится за счет жертвы, с тем чтобы последняя была более осторожной.

Вызвала критику и точка зрения М. Bettremieux, который считает, что теория риска выступает в двух областях: если ущерб необычен или если он и обычен, но связан с использованием таких вещей, которые ставят лиц в положение материального неравенства (мотоциклист и прохожий). Такое неравенство мгновенное, утверждают критики этого взгляда, и случайное. Подвергаются критике и взгляды таких приверженцев принципа риска, как М. Savatier и М. Esmein, поскольку первый распространяет применение теории риска не только к несчастным случаям на производстве, но также к ущербу, вызванному любой деятельностью, связанной с повышенной опасностью, если результат был неизбежным и непредвиденным. Второй же допускает ответственность как выкуп за выгоду, полученную при

использовании некоторых вещей или за особо опасные действия. В определенный период в гражданском праве Франции теория причинения, теория риска завоевывает сердца ученых. Она рождается из принципа: всегда нужно нести последствия за свои действия, из принципа объективной ответственности итальянского уголовного права. В то же время с появлением этой теории возникает и ранее не ощутимая потребность выявления вины, которую, как утверждают авторы, старалось разрушить все, в том числе и развитие индустрии с ее несчастными случаями. Сторонники теории риска говорили о справедливости, о гуманности, но именно с позиции справедливости им наносились наиболее ощутимые удары. Один из наиболее рьяных противников теории риска Planiol заявлял, что уничтожая определение вины в человеческих отношениях, можно уничтожить всякую справедливость и нельзя доказать пользу справедливости из объективной ответственности. Новая теория — теория риска постепенно уходит в прошлое, многие юристы отходят от нее⁷.

Достаточно подробно анализирует теорию объективной ответственности Евгений Годэмэ⁸. Он указывает, что действительно всякое проявление деятельности содержит в себе риск, создает опасность нарушения интересов. Проблема сводится к тому, должен ли от нарушения нести окончательно риск потерпевший или он вправе возложить бремя на причинителя. Риск должен быть на том, кто действовал, кто считается воспользовавшимся последствиями своего действия, но деятельность должна осуществляться свободно и разумно. Годэмэ оценивает объективную теорию как простую и увлекательную, однако полагает, что ее необходимо смягчить. Он видит в ней упрощение и грубость с точки зрения справедливости, полагая, как и многие его коллеги, что теория эта таит в себе опасность подрыва инициативы. Автор сознает и сложность применения этой теории на практике, ибо риск должен связываться с индивидуальной активностью только в том случае, если эта активность представляет нормальный характер. Автор предлагает ряд уточнений объективной теории и ряд ограничений ее. В целом он, хотя и со многими оговорками, принимает теорию объективной ответственности. Отрицательное отношение к этой теории занимает Л. Жюллио де ла Морандьер, считая, что теория риска приводит к разделению ответственности, к определению как бы сделкой твердого размера возмещения⁹.

Критикует теорию риска и французский ученый Henri Lalou¹⁰. Он не скрывает, что эта проблема, возникшая в конце

⁷ См. Henri et Léon Mazeaud, Andre Tunc. Цит. соч., стр. 77—81.

⁸ См. Евгений Годэмэ. Указ. соч., стр. 320.

⁹ Л. Жюллио де ла Морандьер. Гражданское право Франции, т. 2, стр. 396.

¹⁰ См. Henri Lalou. Traité pratique de la responsabilité civile. Paris 1955, стр. 86—92.

XIX века, и сейчас имеет своих сторонников, которые опровергают классическую теорию ответственности, имеющую своим основанием только доказанную или презюмированную вину, и утверждают идею риска. Суть этой идеи в том, что всякое действие, которое создает для другого опасность, приводит к тому, что причинивший ущерб несет ответственность за это действие. Н. Lalou указывает, что эта теория, выдвинувшая принцип справедливости и выгоды, не дает судье возможности оценить характер действия, и вопрос ответственности становится простой объективностью, которая сводится к обыкновенному поиску причины.

Теория риска упрекает классическую теорию в смешении гражданской ответственности с уголовной, в то время как прогресс в праве пошел по пути разделения их (например, ответственность за действия неменяемого падает на тех, кто осуществляет надзор, или даже на него самого; ответственность за несчастные случаи на производстве). Но ответственность за причинение приводит к абсурду, что не могут не признать и сторонники теории риска: врач, запрещающий больному вино, наносит вред виноторговцу. Автор отмечает колебания в признании теории риска; в конце XIX века большинство было за эту теорию, после принятия закона 1898 года о несчастных случаях на производстве — юриспруденция выступила за классическую теорию вины; начало XX века с его автомобильными катастрофами вновь укрепило позиции приверженцев теории риска, наличие же двух течений в юриспруденции немало способствовала и непоследовательность терминологии в законодательстве.

Таким образом, взгляды ученых-юристов на теорию причинения не идентичны. Крайнюю позицию в этом вопросе занимает Raymond Saleilles, заявляющий, что нужно отбросить презумпцию вины и заменить ее идеей риска¹¹. По его мнению, идея риска самая заметная, она выражается, в частности, в ответственности государства за действия чиновников, в ответственности учреждений за действия своих представителей¹². Страстный поклонник объективного начала причинения R. Saleilles утверждал, что сейчас вопрос заключается в том, кто понесет риск. Риск, по его мнению, необходимо учитывать, ибо современность требует активной деятельности, и, стало быть, современная жизнь слагается из цепи рисков. Кто-то же должен нести ответственность за последствия несчастного случая в результате действия, тот, кто совершает или тот, кто оказался жертвой действия. Saleilles считает, что нести ущерб — это значит пла-

¹¹ См. R. Saleilles. De la personnalité juridique. Histoire et théories. Paris, 1922, стр. 324.

¹² См. там же, стр. 329, 331. С профессиональным риском мы встречаемся и в другой работе этого автора: La risque professionnel dans la Code civil, Réforme sociale, 1898.

титель за риск; по справедливости последствия за свои действия, за свою активность берет на себя тот, кто решился действовать и нет ничего более ложного, а иногда и более унижительного, чем пресловутая идея вины. Saleilles считал, что принцип профессионального риска является средством защиты экономически слабого¹³.

Решительным противником теории риска был, как указано выше, Marcel Planiol и отошедший от этой теории его соавтор Georges Ripert. Они утверждали, что нельзя спрятаться за фактические концепции риска, что основа ответственности — это вина. Авторы объясняли возникновение теории риска, так называемой объективной ответственности, невозможностью иногда применить принцип субъективной ответственности. Идея объективной ответственности, родившаяся из принципа: любой риск должен оставаться за счет деятельности того, кто его создал; родившаяся как профессиональный риск в целях возмещения ущерба, возникшего от несчастных случаев на работе по трудовому контракту, — она была распространена на все виды прибыльной деятельности. И хотя эта теория покорила умы очевидной простотой и широтой, она не дала плодов¹⁴. Авторы подвергают эту теорию довольно резкой критике, заявляя: утверждение, что риск лежит на том, кто создает — это примитивное правило, это принцип причинения и чистая видимость науки; если в некоторых случаях теория риска и справедлива, ее нельзя применять весьма широко; к любому действию человека не применима идея риска: жертва достойна жалости, но тот, кто виновен, тоже заслуживает жалости, особенно, если с него взыскивается ущерб; вполне возможно, что действия жертвы и привели к необходимости действий причинителя. Нужно, по их мнению, придерживаться традиции: каждый действует на свой страх и риск, оставаясь жертвой случая. Авторы решительно не согласны с теорией обогащения без причины, считая, что из принципа солидарности нельзя выводить обязанности возмещения материального ущерба, а теория риска убивает и моральную сторону ответственности¹⁵.

Французские юристы много внимания уделяли риску¹⁶, вопросу объективной ответственности отдали дань и юристы дру-

¹³ См. М. Я. Пергамент. Памяти Рэмона Солейля. «Вестник гражданского права», № 4, 1916, стр. 15, 16, 17.

¹⁴ См. Marcel Planiol, Georges Ripert. *Traité pratique de droit civil français*. Tome VI. Obligations. Paris, 1930, стр. 659 и след.

¹⁵ См. там же, стр. 664, 665, 666.

¹⁶ Среди более ранних специальных работ можно назвать следующие: Muteau. *Responsabilité civile*, 1897; E. Lévy. *Responsabilité et contrat „Rev. critique“*, 1899; Gény. *Risques et responsabilité. „Rev. trimestrielle“*, 1902, p. 812; Cézair-Bru et Morin. *La faute, le risque, l'abus du droit. Annales de la Faculté d'aix*, 1906; Wilhem. *Faute et risque*, Montpellier, 1908; Bettremieux. *La transformation du principe de responsabilité*, Paris, 1923; Meigné. *Responsabilité et contrat*. Lille, 1924 и др.

гих стран¹⁷. Концепция причинения распространилась очень широко, захватив и область договорной ответственности (риск невыполнения договора лежит на должнике).

Критическую оценку объективной теории причинения и риска дал в свое время известный русский юрист И. А. Покровский¹⁸. Он полагал, что не всякое причинение вреда можно считать правонарушением, не всякое деяние достаточно для несения материальных потерь, для ответственности. И если в древности достаточно было голого причинения даже безумным, то уже римляне отказались от этого, провозгласив: «Causa a nullo praestatur»; «Casum sentit dominus» («За случай никто не отвечает»; «Случай остается на том, кого он поражает»). Существовали из этих правил лишь отдельные исключения.

Увеличение несчастных случаев, развитие техники привели к колебаниям в этом вопросе со второй половины XIX века. Сначала по пути возложения ответственности за пользование опасными средствами пошла практика (например, баварский суд возлагал ущерб лишь за одно применение локомотива). Затем была подведена и теоретическая база. Одним из наиболее горячих поклонников теории причинения был Гирке (Guerke). В своем труде «Di sociale Aufgabe des Privatrechts», 1889, он выдвинул принцип: пусть причинивший вред не виновен, но еще менее виновен пострадавший.

Сознавая наличие погрешностей в принципе причинения (verursachungsprinzip), что видно хотя бы из примера, когда упавший в обморок человек разбил окно, юристы пустились на поиски этического оправдания этого принципа. Так появилась идея риска французской юриспруденции (idée du risque), на этом же принципе (всякий, кто действует, должен нести на себе риск за все случайные последствия своей деятельности) построены и взгляды Unger'a — «Handeln auf eigene Gefahr».

И. А. Покровский опровергает эту теорию, основываясь на точке зрения обоюдного риска, на которую мы уже ссылались. Пострадавший, — утверждает автор, — действовал тоже рискованно: если моя прогулка совершается на мой риск, то почему не на свой риск действовал тот, кто поставил стеклянное окно в магазине, которое я случайно разбил. Почему риск лежит на охотнике, а не на том, кто случайно попал под пулю?¹⁹

Недалеко ушли от теории риска, указывает И. А. Покровский, другие теоретики принципа причинения: К. Merkel, выдвинувший идею активно осуществленного интереса и М. Rümelin, обосновывающий свои взгляды на идее повышенной опасности.

¹⁷ См., например, Unger. Handeln auf eigene Gefahr; Ihering's Jahrbücher, 1891; Müller-Erzbach. Gefährdungshaftung und Gefahrtragung; Hans Schreuer. Deutsches Privatrecht, Stuttgart, 1921 и др.

¹⁸ См. И. А. Покровский. Основные проблемы гражданского права. Изд. «Право». Петр., 1917, стр. 273 и др.

¹⁹ См. И. А. Покровский. Цит. работа, стр. 285.

Принцип причинения, по мнению И. А. Покровского, погрузил бы всю нашу жизнь в пучину случайностей, этот принцип нельзя обосновать и соображениями справедливости (если пострадает несостоятельный от состоятельного, но не виновного) ведь этот аргумент имеет и обратную сторону и здесь идея причинения тонет в идее справедливого распределения богатств²⁰. Отрицал принцип причинения и И. М. Тютрюмов, который говорил: «Чувство правды не может примириться с ответственностью за чисто случайные деяния, а не за свои поступки»²¹.

Противоположного мнения придерживаются немецкие ученые Kosack, Adler и другие, русские дореволюционные юристы Гусакковский, Кистяковский, Победоносцев, которые считали, что в гражданском смысле нет деяний случайных, С. А. Беляцкий (сторонник форсированной ответственности, т. е. и за случай, которая диктуется престижем гражданского и торгового оборота)²². Интерес в этом смысле представляет специальная работа К. Адлера²³. Автор противопоставляет случаи действий на собственный страх (характерная мерка Унгера, лишившая ореола неринговскую догму, провозгласившего принцип вины великим актом римского правоведения) ответственности за непредвиденные или неизбежные последствия. Первые он называет ненастоящей ответственностью, вторую — настоящей. Ненастоящую ответственность Унгер обосновывал тем, что субъект подвергает риску собственные интересы, но его положение, указывает Адлер, собственный интерес, собственный риск — ошибочно.

Наличность сознательного вреда или угрозы опасностью очевидна при ненастоящей ответственности за последствия (железная дорога допускает возможность несчастных случаев). При настоящей ответственности за последствия (лицо не знало и не могло знать) возникает вопрос, на кого должны лечь последствия неумышленного вреда: на причинившего или на потерпевшего. В любом случае страдает невиновный. «Удобные» решения нужно избегать здесь, и социальные идеи должны отойти на второй план; законным основанием обязательства возмещения убытков будет обладание собственностью²⁴. Так, глава предприятия в любом случае отвечает за вред, если предприятие пользовалось помощью другого для достижения экономических целей. Аналогичным образом отвечает и владелец животного, и хозяин за безопасность улицы. За последствия наступает ответственность и при нечаянных ошибках, и при безвыходном положении, и при произвольных поступках (безумец; упавшее

²⁰ См. там же, стр. 286—290.

²¹ И. М. Тютрюмов. Гражданское право. Юрьев, 1922, стр. 98.

²² См. Я. А. Канторович. Война и исполнение обязательств. Пет., 1917, стр. 14.

²³ См. К. Адлер. Ответственность без вины в гражданском и уголовном праве. СПб., 1913.

²⁴ См. К. Адлер. Цит. работа, стр. 15—19.

в обморок лицо). Больной тоже платит врачу за больные зубы; здесь, восклицает Адлер, несправедливость не права, а судьбы.

Не правы те, кто говорит, что правопорядок не может осуждать тех, кто не может внимать его велениям. Ведь может нанести ущерб богатый безумный или дитя из богатого дома. Ответственность за последствия установлена в интересах других, а не как наказание, и мчащиеся пожарные обозы не могут воспрепятствовать тому, чтобы потерпели ущерб глухие. И все же не всегда следует ответственность за причинение. Так, больной невиновен, но он платит вызванному для него врачу, несет другие расходы, а тот кто причинил вред (распространитель инфекции), не отвечает²⁵. Ответ на это дается Маучкой — вредителя нельзя подвергать непосильной ответственности. И снова беспокойство об ограничении свободы действий, хотя автор утверждает, что именно принцип вины ограничивает свободу подвергающегося опасности, поскольку даже при нормальном образе действий мы не защищены от ущерба со стороны невиновного вредителя; свободу сохраняет лишь ответственность за последствия. Адлер с сожалением констатирует вытеснение принципа ответственности за причинение, но он убежден в проницательности тех юристов, которые утверждают, что принципу ответственности за последствия принадлежит будущее в гражданском праве²⁶.

Приверженцы принципа причинения останавливаются перед *vis major* (непреодолимой силой). У некоторых ученых возникает естественный вопрос: если иметь в виду справедливость, то к чему такая остановка? Почему ответственность не должна быть безусловной?²⁷ Но даже приверженцы принципа вины допускают, как указывает Я. А. Канторович, исключения в отношении хозяев (фикция о вине в выборе служащих), в отношении некоторых опасных предприятий и по некоторым договорам, — выдвигая ответственность на основании чуждой понятию вины теории «профессионального риска». Исключения эти сближают принцип вины с принципом причинения.

Был выдвинут и третий принцип — конкретной справедливости (*Hedemann*). Этот принцип провозглашает: кто не отвечает, так как нет вины, должен все же возместить убытки по справедливости. Этот принцип предоставляет свободное усмотрение судьям, но, как указывает И. А. Покровский, свободное судебское усмотрение — это не панацея. И тот же И. А. Покровский, допуская много уступок принципу причинения, признает проблему неразрешенной. Гражданское право здесь находится еще в стадии интенсивного искания истины²⁸.

²⁵ См. К. Адлер. Цит. работа, стр. 20—22.

²⁶ См. там же, стр. 34.

²⁷ См. Я. А. Канторович. Война и исполнение обязательств. Петр., 1917, стр. 20.

²⁸ См. там же, стр. 21, 22, 23.

В последние годы в гражданском праве многих стран вновь наблюдается поворот к принципу причинения. Существующий экономический хаос в странах капитала, шаткость положения индивидуума вызывают необходимость прочных гарантий для капиталистов в виде ответственности и за «случайное», что свидетельствует о кризисе договорного права в современном буржуазном мире²⁹. В то же время в области деликтного права владельцы железных дорог, промышленных предприятий отрицают ответственность при случае, который легко доказать, освободившись от несения невыгодных последствий перед рабочими³⁰. Такая тенденция проявляется, в частности, в англо-американском праве. В Англии даже автомобиль на обычной дороге не признается источником повышенной опасности и не отличается от фаэтона, он не является *res periculosa per se*. Англичане дают очень смешное объяснение ограничению деликтной ответственности перевозчика: эти дороги строятся и эксплуатируются с разрешения парламента и поэтому нельзя считать их действия противоправными, если не указано об особой их ответственности в актах парламента. Правда, закон о воздухоплавании знал уже ответственность без вины, считая аэроплан опасной вещью — *damgeousthing*³¹.

Ю. Г. Матвеев, изучавший эту проблему, приводит высказывание Проссера в «*The Law Quarterly Review*» в 1963 году (July v. 79, p. 372), о том, что лицо может быть признано виновным независимо от своего психического (субъективного) состояния в связи с тем, что поступок признается антисоциальным. Вполне понятно, как буржуазный суд будет оценивать эту «социальную вину».

Особенно подчеркивается необходимость применения принципа причинения в тех случаях, когда затрагиваются интересы собственности, зато ответственность владельцев источников повышенной опасности сокращается. Более того, ограничение профессионального риска наблюдается и в тех случаях, когда ущерб причинен на территории собственника; принцип причинения применяется лишь тогда, когда опасные вещи вышли за пределы места, где они используются. В США этот принцип применяется только к случаям «сверхнормальной деятельности» (*ultra-hazardous activity*), которая с необходимостью создает риск причинения серьезного вреда, несмотря на самые тщательные меры, и используется не в общепользных целях.

Отход от принципа виновной ответственности — главное направление современного деликтного права. Американские юри-

²⁹ См. Р. О. Халфина. Предисловие к монографии Р. Саватье. «Теория обязательств». М., изд-во «Прогресс», 1972, стр. 11.

³⁰ См. Г. К. Матвеев. Вина в советском гражданском праве. Изд-во Киевского госуниверситета, 1955, стр. 104.

³¹ См. Х. И. Шварц. Англо-американское деликтное право. «Советское государство и право», № 2, 1940, стр. 91, 92.

сты Грегори и Колвел говорят, что центральной проблемой в этом праве является выяснение вопроса о том — базируется ли главный критерий ответственности на широком распространении риска³².

Теория профессионального риска была выдвинута и в России в связи с принятием 2 июня 1903 года закона «О вознаграждении за увечье и смерть в промышленных заведениях частных и общественных». Этим законом предусматривалось возложение убытков от несчастных случаев, причина которых кроется в существе самого производства, на хозяина-предпринимателя. О том, что такая ответственность строится на началах профессионального риска, вызываемого опасностью, которая кроется в существе и условиях производства работ в промышленных заведениях, прямо указывалось в юридической литературе. Больше того, профессиональный риск усматривался и в случаях причинения вреда при эксплуатации железнодорожного и морского транспорта в отношении пассажиров и даже посторонних лиц³³. Причину применения этого принципа авторы видят в том, что лицо, получающее от предприятия барыши, должно нести и связанные с этим предприятием убытки, т. е. по существу переносят риск с производственной стороны (риск в опасной деятельности предприятия, его эксплуатации) на коммерческую сторону (риск получения большего или меньшего барыша). Но причина не только в этом. А. М. Нолькен, излагая историю принятия закона от 2 июня 1903 года, указывает, что Министерство финансов стремилось возложить на предпринимателей ответственность и за ущерб, вызванный непреодолимой силой³⁴. Совершенно очевидно, что смысл этого закона был меньше всего в защите интересов пострадавших, а в том, чтобы переложить убытки на другого, чтобы избавить царское государство от расходов, которое оно вынуждено было бы нести в виде пенсий, выплата которых в самом урезанном виде была вырвана в результате классовой борьбы пролетариата.

Интересно, что ответственность предпринимателей была личной, она не возлагалась на само предприятие, которое без обременения могло перейти к другому предпринимателю. Это приводило подчас к тому, что обязанность возмещения оказывалась необеспеченной. Особое отношение было к профессиональным заболеваниям, вызванным вредным характером работ. Закон не предусматривал возложения обязанности на предпри-

³² См. Ю. Г. Матвеев. Современное англо-американское право о виновной и безвиновной деликтной ответственности. «Труды ВЮЗИ», т. XI, М., 1967, стр. 68—80.

³³ См. А. М. Нолькен. Законы о вознаграждении за увечье и смерть в промышленных заведениях частных, общественных и казенных. СПб, 1911, стр. 31, 32.

³⁴ См. там же, стр. 33. Частично страховой фонд составлялся из взносов самих трудящихся, точнее — из удержаний с них.

нимателя по возмещению в этом случае убытков. Это объяснялось не предотвращением таких заболеваний и осведомленностью о вредном характере работ, а следовательно, — риском самого потерпевшего; давалось также довольно странное объяснение: заболевания эти вызываются не условиями работ и обстановкою, а существом самих работ. Но и сами буржуазные юристы откровенно отмечали, что согласие на вредную работу вынуждается «силою обстоятельств» (в их представлении это только обстоятельства, а не сама капиталистическая система), а возложение на потерпевшего тяжести доказательств вызывало несомненные трудности для возмещения ущерба³⁵.

Борьба между сторонниками двух течений, двух начал — вины и риска затронула и советских юристов. В 20-х годах больше было приверженцев принципа причинения. За этот принцип высказывались С. Александровский (Очерки по гражданскому праву РСФСР, 1924), А. Г. Гойхбарг (Хозяйственное право, 1924), Ф. И. Вольфсон (Учебник гражданского права РСФСР, ч. I, 1925) и многие другие, которые анализируя, в частности, статьи 403 и 404 существовавшего гражданского кодекса РСФСР, пришли к выводу, что законодатель не учитывает вины причинителя. Но уже в те годы на страницах юридической печати звучали совершенно противоположные голоса, которые, рассматривая эти и другие статьи кодекса, доказывали необоснованность взглядов сторонников принципа причинения. Так, И. Я. Фаас, заявляет, что, если бы ГК придерживался простого причинения, то непонятно тогда освобождение за вред недееспособных, он же в качестве *argumentum a fortiori* ссылается на отсутствие в кодексе применения простого причинения при оспаривании действительности сделки, автор приводит и другие мотивы³⁶.

Нужно признать, однако, что механическое перенесение «профессионального риска» в советское гражданское право было безусловно неправильным. Резкой критике предпринимательская сущность теории риска была подвергнута П. Стучкой. Он писал: «Слово риск связано неразрывно с понятием прибыли; ответственность за риск — это ответственность за счет прибыли... Никто не примет ответственности, риска за то или иное действие или событие, если он за этот риск не получит какого-либо эквивалента, собственник несет ответственность за риск ввиду того, что собственность дает возможность, свободу использовать собственность в целях прибыли»³⁷. О. А. Красавчиков образно сказал, что в начале 30-х годов принцип причинения отдавал одну

³⁵ См. А. М. Нолькен. Цит. соч., стр. 53.

³⁶ См. И. Я. Фаас. Принцип вины или принцип причинения «Журнал науково-дослідчих катедр» м. Одеса, № 2, 1926, стр. 62. Такого же мнения придерживался и А. Розенберг. Возмещение вреда по нашему гражданскому кодексу. «Рабочий суд» № 11, 1927, стр. 919, 920.

³⁷ П. Стучка. Курс советского гражданского права, т. 3, 1931, стр. 142.

позицию за другой и тогда пожертвовали категорией риска как «буржуазным», чуждым понятием; жертва была принята³⁸.

Совершенно правильно советское гражданское право отвергает буржуазную теорию «профессионального риска», принцип возложения ответственности за факт причинения вреда. В чем же суть отвергнутой теории «профессионального риска», которую, как указано, в 20-х годах в советской правовой и экономической литературе стали довольно активно проповедовать некоторые авторы, применительно к деятельности промышленных предприятий и органов транспорта. Это было выражено, в частности, в работе И. П. Либба, посвященной ответственности железных дорог, и в предисловии к этой работе А. Г. Гусакова. Последний и формулирует идею профессионального риска, указывая, что ущерб, причиняемый железной дорогой ее клиентам, аналогичен риску, неизбежно связанному с эксплуатацией предприятия, с несчастными случаями, жертвами которых бывают рабочие в современных производствах. Эти несчастные случаи, по его утверждению, являются фатальными последствиями общих условий, в которых происходит производственный процесс. Нет никакой вины перевозчика, а есть результат общих условий его работы, которые и «составляют риск, зависят от свойства транспортного промысла, ему присущи, и причины этого риска лежат в самом промысле, неизбежно и постоянно сопутствуют ему»³⁹. Автор считает, что причиненный ущерб должен считаться риском осуществляемой предприятием профессиональной деятельности, им он и должен быть возмещен, безотносительно к возможности его предупреждения. Ущерб должен учитываться предприятием и нет надобности доказывать вину дороги.

А. Г. Гусаков видит упоминание о профессиональном риске, хотя и не *expressis verbis* в ст. 404 бывшего ГК РСФСР — в ссылке на повышенную опасность. Еще одним аргументом в поддержку этой идеи, по мнению А. Г. Гусакова, является установление ограниченной ответственности, исключающей взыскание убытка в полном объеме. Автор полагает, что здесь имеет место не ответственность за убытки, а вознаграждение, равное цене риска, при этом он ссылается на формулу Саллейля: «*Les indemnités forfaitaires — c'est la conséquence de l'idée du risque*» (возмещение убытков за причиненный вред является следствием идеи риска). Даже в установлении рекламационного порядка и в запрещении предварительных соглашений, направленных к изменению ответственности железных дорог, автор видит проявление этой идеи — профессионального риска. Этот риск возможной утраты, повреждения или просрочки в доставке груза, который принимает на себя дорога, и является якобы источни-

³⁸ См. О. А. Красавчиков. Цит. соч., стр. 142, 143.

³⁹ А. Г. Гусаков. Предисловие к книге Ив. Либба «Ответственность железных дорог за целостность груза и срочность доставки». М., Транспечать, 1924, стр. 5.

ком ее ответственности⁴⁰. Таким образом, профессиональный риск является основанием ответственности даже при наличии вины перевозчика, которой автор вообще полностью пренебрегает.

Более подробно эти мысли развивает А. Г. Гусаков в работе, посвященной железнодорожному законодательству СССР. Он указывает, что общее положение гражданского права об ответственности за вину в железнодорожных законодательствах подверглось коренной модификации и ущерб, причиняемый объекту перевозки, должен трактоваться как риск, неизбежно связанный с эксплуатацией транспортного предприятия. Автор полагает, что выяснение вины вообще является излишним, поэтому в основании этой ответственности лежит не принцип вины, а принцип риска осуществляемой профессиональной деятельности, ибо дорога принимает на себя риск возможных потерь груза. Идея риска исключает и последствия, связанные с понятием вины — возмещением убытков в полной сумме⁴¹. Автор видит присущий перевозке риск также при причинении ущерба, связанного с общими условиями движения (торможение поезда и т. п.), поэтому, например, в правила включаются условия об освобождении от ответственности перевозчика за убытки, связанные с перевозкой в открытых вагонах. Но здесь уже речь идет не о профессиональном риске и не о риске перевозчика. Аналогичное замечание можно сделать и в отношении упоминаемого А. Г. Гусаковым особого риска перевозки некоторых грузов или даже особого риска самих грузов подвергаться повреждению, что обусловлено их естественными свойствами⁴².

Идею профессионального риска развивает и И. П. (Ив.) Либба. Но прежде чем подойти к ней, он анализирует различные взгляды, обосновывающие специальную железнодорожную ответственность. Это и ответственность за обязательство, и ответственность за результат, и внедоговорная ответственность, вытекающая из деликта, и ответственность ввиду чрезвычайной опасности этого вида транспорта. Автор отвергает все эти взгляды, указывая, что договор перевозки сам по себе не является основанием ответственности, а чрезвычайная опасность может лишь относиться к внедоговорной ответственности для третьих лиц. Более того, железные дороги способствуют усилению безопасности для пассажиров и грузов. Существуют и субъективные объяснения этой специальной ответственности: доверие грузоотправителя (оно бывает не только в этих случаях) и, отсутствие технических сведений. Некоторые авторы страх за случай объясняют затруднительным положением пострадавшего из-за сложной организации подобных предприятий и недобросовест-

⁴⁰ См. А. Г. Гусаков. Цит. предисловие, стр. 6, 7.

⁴¹ См. А. Г. Гусаков. Железнодорожное право по законодательству СССР. М., Транспечать, 1929, стр. 206, 207.

⁴² См. А. Г. Гусаков. Цит. соч., стр. 225, 232.

ности многочисленных служащих, создающих фикцию случайности. Это не основание ответственности⁴³. И. П. Либба дает совершенно иное обоснование специальной железнодорожной ответственности в тех случаях, когда нет непреодолимой силы, но вместе с тем при обстоятельствах, исключающих возможность обвинения дороги: этот неизбежно вытекающий вред является «профессиональным риском»⁴⁴. Автор полагает, что в данном случае происходит в конце концов разложение убытков при помощи тарифов между всеми грузоотправителями, что стало возможным в силу массовости этого вида транспорта, монопольности перевозки, экономической мощи железнодорожных предприятий. Это и позволило дороге взять на себя профессиональный риск, сопряженный с осуществлением ее деятельности⁴⁵. По мнению И. П. Либбы, именно коренная причина возложения ответственности на железную дорогу за так называемый внутренний случай лежит в экономических особенностях данного предприятия, причем элемент вины здесь играет подчиненную роль. Автор считает, что только понятие «профессиональный риск» в состоянии обосновать и объяснить ответственность железнодорожного предприятия как договорную, так и внедоговорную, и предусмотренная в гражданском праве «повышенная опасность» является ничем иным, как «профессиональным деликтом», исходящим из понятия «профессиональный риск». Если деятельность некоторых предприятий или лиц, — говорит он, — неизбежно создает для окружающих более опасную обстановку, то закон, самое право осуществления этой деятельности ставит в зависимость от несения профессионального риска⁴⁶.

Особую конструкцию ответственности железной дороги, основанную на риске, дает А. Н. Антошин. Автор отмечает, что дорога не может упускать из виду неизбежность некоторого процента неисправно выполняемых перевозок, которые носят чрезвычайно массовый характер и которые систематически предвидятся. Далее автор указывает, что ущерб разлагается на связанных как бы круговой порукой всех пользователей дорогой, причем для более сильной стороны — дороги — возмещение ущерба происходит почти безболезненно. Но уже совсем искусственным и надуманным представляется приводимое А. Н. Антошиным юридическое основание ответственности перевозчика: железная дорога выступает в качестве подрядчика, берущего на свой риск перевозку вверенного груза, и кроме того, поскольку она занимается этой перевозкой как профессиональное предприятие, она принимает на себя и риск возможной недостачи,

⁴³ См. И. Либба. Указ. работа, стр. 21—28.

⁴⁴ См. И. Либба. Цит. соч., стр. 98. отождествление риска с «вредом» никак не приемлемо, как недопустимо и отождествление риска с «внутренним случаем».

⁴⁵ См. там же, стр. 29—31.

⁴⁶ См. там же, стр. 33

утраты и порчи, которые прямо или косвенно зависят от ее заботливости и предусмотрительности. Однако, принимая на себя риск перевозки, дорога может отвечать лишь в пределах предвидимого ущерба, а не за неучитываемые наперед возможные выгоды грузохозяина⁴⁷. Совершенно очевидно, что автор допускает необоснованное применение к самостоятельному гражданско-правовому договору перевозки условий других договоров — подряда и хранения, что не укладывается ни в какие юридические рамки.

Эти идеи не встретили серьезной поддержки в советской правовой литературе не только в связи с их социальной вредностью. Особое внимание критике просочившейся в советское право теории «профессионального риска» уделили М. М. Агарков и Б. С. Антимонов. Попытки проташить эту теорию, исходя из «хозяйственных соображений», из соображений допущения только такой деятельности «опасных» предприятий, которая в состоянии покрыть убытки, в том числе убытки от аварий и жертв, — не выдерживают никакой критики. Это ни что иное, как повторение буржуазно-фаталистических взглядов на жертвы от деятельности предприятий как неизбежное, естественное явление⁴⁸. Теория «профессионального риска» стремится показать, что нет никакой надобности подчинить человеку природные явления, нет никакой надобности изживать несчастные случаи на предприятиях, на транспорте; она доказывает, что жертвы неизбежны и бесполезно понуждать что-либо менять, ибо нельзя бороться с законами природы и во всем следует полагаться на «волю божью». Весь вопрос заключается только в «разумной» компенсации, в подсчете того, «стоит ли игра свеч», стоит ли рисковать⁴⁹.

Б. С. Антимонов отмечает, что в ряде решений судебных органов делалась ссылка на принцип риска или профессионального риска, особенно по отношению к владельцам источников повышенной опасности, причем подобные взгляды нашли обоснование и в ряде теоретических работ того периода, некоторые из них изложены выше. Автор справедливо указывает, что суть всех формулировок одна: «чья прибыль, того и убыток», «чей интерес, того и убыток», «кто создал повышенную опасность, тот и отвечает за нее». В них заложена одна идея — оправдать предпринимателя, защитить его интересы, его право на прибыль. Можно снизить плату и повысить тариф, чтобы была прибыль, чтобы был оправдан риск — в этом смысл теории «профессионального риска», которая строится на закономерностях эксплуататорского общества. Маскировка сути этой теории проявляется

⁴⁷ См. А. Н. Антошин. Материалы к курсу коммерческой эксплуатации. М., 1927, стр. 73.

⁴⁸ См. Б. С. Антимонов. Гражданская ответственность за вред, причиненный источником повышенной опасности. М., Госюриздат, 1952, стр. 19.

⁴⁹ См. там же, стр. 20, 26, 43

в тезисе об интересе. Получается, что интерес имеют не те, кто получает прибыль, а те, кто пользуется услугами предприятия, они и должны нести все убытки за случай. Этот «интерес», как утверждает Б. С. Антимонов, спрятан и в третьей формулировке, ибо идеологи капитализма утверждают, что «зло» источника повышенной опасности вносится в мир предпринимателями в интересах служения публике. Это обыкновенная ширма, средство для переложения убытков и получения прибыли. Все разновидности этой «теории», таким образом, сводятся к одному — прибыли предпринимателя.

М. М. Агарков подчеркивал, что источники так называемой повышенной опасности являются социалистической собственностью и не существуют для извлечения прибыли, действуя не в частных интересах⁵⁰. Б. С. Антимонов же полагает, что критика М. М. Агарковым теории «профессионального риска» недостаточна и во многом догматична, ибо не объясняет пользование источниками повышенной опасности гражданами и, самое главное, позволяет сделать вывод, что убытки должно нести не конкретное предприятие, а все социалистическое общество. Б. С. Антимонов утверждает, что теория «профессионального риска» искажает нашу действительность и принципиально непригодна для советского социалистического права, позволяет ослабить борьбу за безопасность использования транспортных и других аналогичных средств⁵¹. С выводами Б. С. Антимонова в отношении «профессионального риска» нельзя не согласиться, но, пожалуй, не следовало противопоставлять их точке зрения М. М. Агаркова о пользовании источниками повышенной опасности гражданами, которые тоже безусловно пользуются ими не с целью извлечения прибыли, даже если они имеют свой особый интерес. Вывод идеологов капитализма — чей интерес, того и убытки — не применим к нашему строю, поэтому совершенно нелогично считать, что точка зрения М. М. Агаркова в отношении деятельности предприятий в интересах социалистического общества свидетельствует о признании им принятия обществом и ответственности за случайный вред, причиняемый предприятиями. Государство у нас не несет ответственности за деятельность предприятий, строящуюся на принципе хозяйственного расчета. Нам представляется, что именно постановка вопроса иным образом носит догматический характер.

Одним из решительных критиков теории «профессионального риска» А. Г. Гусакова и И. П. Либбы является Я. М. Рапопорт. По его мнению, эти авторы предприняли попытку объяснить специфику ответственности железной дороги не только внеправовыми критериями — результатом ее деятельности, но и заимствованной из буржуазной литературы теорией «профессионального

⁵⁰ См. Б. С. Антимонов. Цит. соч., стр. 21, 22.

⁵¹ См. Гражданское право, т. 1, 1944, стр. 335, 336.

риска» о несчастных случаях на предприятиях, согласно которой перевозчик принимает на себя риск возможной утраты груза, поскольку он принял на себя обязанность доставки, и эти потери должны им учитываться в расходах. Здесь смешивается и договорная и внедоговорная ответственность, причем перевозчик не должен «страдать», не случайно поэтому в буржуазном транспортном праве эти возможные потери перекладываются на тех, кому оказываются услуги и само название «риск» звучит явно лицемерно, ибо никакого риска у перевозчика нет⁵².

Я. М. Рапопорт указывает на дополнительные мотивы неприемлемости этой теории для обоснования повышенной ответственности железных дорог. Это и демобилизующая фатальность, и вносимый элемент обезлички при организации перевозки поскольку устраняется понятие вины и ответственности, и противоречащее принципу хозрасчета разложение ущерба, и игнорирование договорной природы отношений по перевозке. Автор полагает, что основанием повышенной ответственности являются исключительно повышенные требования к железной дороге⁵³. Данная Я. М. Рапопортом критика теории «профессионального риска» совершенно правильна прежде всего потому, что недопустимо говорить об ответственности, отрицая вину; недопустимо говорить об ответственности советских железных дорог, допуская разложение ответственности, или, лицемерно прикрываясь той повышенной ответственности, перекладывать в действительности все расходы на других.

Реакционную сущность этой теории вскрыл и А. В. Венедиктов, указавший, что появление ее объясняется необходимостью известных изменений в прежних методах обеспечения прибылей предпринимателей в эпоху империализма. Это также вырвавшаяся рабочим движением уступка, не означающая никакого принципиального отхода от основ буржуазного хозяйства, тем более, что железные дороги, например, просто накидывают премию за риск на цены. Это вызывает возражения со стороны других капиталистических предприятий, не желающих нести лишние тяготы⁵⁴.

Теория «профессионального риска» является ничем иным, как орудием социальной демагогии, защищающей не экономически

⁵² См. Я. М. Рапопорт. К вопросу об основаниях ответственности железных дорог СССР за сохранность перевозимых грузов. «Научные записки Харьковского института советской торговли», вып. 1, 1947, стр. 42.

⁵³ См. Я. М. Рапопорт. Цит. статья, стр. 44—46. Несостоятельность этой теории для обоснования ответственности по договору перевозки вскрыл и А. Л. Маковский. (См. Об основаниях ответственности за невыполнение государственного плана морских перевозок грузов, за простой морских судов и просрочку в доставке грузов морским путем. «Учен. записки ВИЮН», вып. 9, М., Госюриздат, 1959, стр. 172—174).

⁵⁴ См. А. В. Венедиктов. Договорная дисциплина в промышленности. Л., 1935, стр. 122, 123. См. A. Affandi. Tarification du risque individuel en assurance automobile. Louvain, 1968.

слабого, а прежде всего частную собственность⁵⁵. Действительно, можно ли было говорить о «социальном мире», когда согласно ст. 1382 французского Гражданского Кодекса вся тяжесть доказательств возлагалась не на причинителя, а на потерпевшего, и рабочий, ставший жертвой аварии на предприятии, жертвой несчастного случая, просто был лишен возможности доказать, что они произошли по вине предпринимателя⁵⁶. Борьба трудящихся привела к изданию знаменитого закона 1898 года, базировавшегося на объективной ответственности⁵⁷. Но вот на смену ему пришел новый — закон 1946 года. И хотя французские юристы полагают, что принципиальных изменений не произошло, тем не менее, от принципа объективной ответственности сделан явный шаг назад, причем, шаг этот не продиктован соображениями, вытекающими из других начал ответственности, просто законодатель решил сократить размер выплачиваемого потерпевшему возмещения. Но дело не только в этом. Выплата проводится учреждением социального обеспечения, взносы в которое вносят не только предприниматели, но и трудящиеся. Это и есть, с точки зрения французских ученых, самый настоящий профессиональный риск. Рискуют оба: и тот, кто нанимает, и тот, кто нанимается на работу⁵⁸. В ряде же стран этот принцип вообще более не применялся к случаям, происшедшим на самом предприятии⁵⁹, и лишь тогда, когда задеваются интересы собственника принцип ответственности за причинение действует безотказно.

Сторонники принципа причинения и, в частности Гедеман превозносили этот принцип как выражение «истинно социальной нормы», но по существу этим принципом старались буржуаз-

⁵⁵ См. М. Агарков. Обязательства из причинения вреда. «Проблемы социалистического права». № 1, 1939, стр. 56.

⁵⁶ В. П. Доманжо — один из дореволюционных цивилистов оправдывает теорию профессионального (он уточняет «созданного») риска, полагая, что она, наряду с другими теориями («объективная» конструкция ответственности, учение о злоупотреблении правом), выступает против безответственности, когда это противно добрым нравам оборота. (См. Вопрос об ответственности за вред, причиненный при осуществлении права, в проекте нашего гражданского уложения «Сборник статей памяти проф. Шершеневича», М., 1915, стр. 339).

⁵⁷ Результатом борьбы рабочего класса явился Германский Имперский закон о возмещении вреда на производстве 1871 года, имевший много исключений из принципа причинения и расценивавшийся как мера успокоения трудящихся. (См. «Гражданское право ГДР. Обязательственное право. Особенная часть», стр. 701). Еще раньше — в 1846 году был принят в Англии закон Кемпбелла (право семьи рабочего на компенсацию), но это был лицемерный закон — *opus proboandi* целиком лежала на пострадавшем, что по существу лишало этот закон действия. (См. Х Шварц. Цит. статья, стр. 93).

⁵⁸ См. Е. А. Флейшиц. Вступительная статья к т. 2 курса. Жюллио де ла Морандьера «Гражданское право Франции». М., 1960, стр. 21; См. также О. С. Иоффе. Указ. работа, стр. 22.

⁵⁹ См. А. А. Собчак. О спорных вопросах общей теории правовой ответственности. «Правоведение», № 1, 1968, стр. 57.

ные юристы прикрыть классовую природу права капиталистических государств, аналогично приукрашиванию этого права теорией риска капиталистического предпринимателя. Но все принципы и теории буржуазной цивилистики служат интересам эксплуататорских классов, защите частной собственности.

На первый взгляд законы, основанные на профессиональном риске, на принципе причинения, кажутся либеральными, но если вникнуть в них глубже, то нетрудно заметить, что эксплуататорские классы, даже вынужденно идя на уступки под влиянием классовой борьбы пролетариата, стараются и в этом случае не упустить свою выгоду, использовать фабричное законодательство для ускорения концентрации капитала ⁶⁰.

Капиталисты, идя на некоторые «жертвы» и создавая иллюзию неклассового характера права, стремятся укрепить свои позиции, смягчить негодование трудящихся. В то же время эти законы ограждают тех предпринимателей, которые не извлекали выгоды из труда потерпевшего, от возможных потерь ⁶¹. Именно так следует понимать пресловутую теорию риска — выгоды.

Еще дальше идет судебная практика буржуазных государств, которая, используя различные лазейки, предоставляемые законами, зачастую возлагает ответственность на самих потерпевших. И дело здесь еще не в том. Цепочка переложения вреда с одного лица на другое — вот чем характерно капиталистическое общество. Крупные монополии перекалывают бремя финансовых потерь на более мелких предпринимателей, но в любом случае вся тяжесть падает на плечи самих же трудящихся ⁶², немущих, которые часто сами являются причинителями ⁶³.

Бытовала у нас в свое время точка зрения, что ответственность по принципу причинения — это чуть ли не специфическая, отличительная черта социалистического права, хотя сторонники такого взгляда прекрасно сознавали, что его нельзя обосновать, скажем, теорией риска — выгоды, так как никакую выгоду в этом смысле социалистические предприятия не имеют. Некоторые пытались найти основание и в социально-политических моментах, и в догматическом толковании норм, и даже в философии ⁶⁴. На помощь привлекалась и ст. 406 бывшего ГК РСФСР, допускавшая действительно, но лишь в порядке исключения, а не как основное правило, применение принципа причинения. Искали союзника и в известных буржуазных взглядах «объективизации» вины, и в простом декларировании, что вина — это выражение

⁶⁰ См. К. Маркс и Ф. Энгельс. Сочинения, т. XVI, ч. 2, стр. 265.

⁶¹ См. Б. С. Антимонов. Значение вины потерпевшего при гражданском правонарушении. М., Юриздат, 1950, стр. 18 и след.

⁶² См. Гражданское и торговое право капиталистических стран. М., 1949, стр. 444.

⁶³ См. М. М. Агарков. Проблема обязательства из причинения вреда. Труды 1-ой научной сессии ВИЮН. М., 1940, стр. 307.

⁶⁴ См. Изложение взглядов у Б. С. Антимонова. Цит. работа, стр. 7—12.

индивидуалистических тенденций буржуазного права, и даже в таком парадоксальном утверждении, что, поскольку вина имеет философскую предпосылку свободы воли, а последняя есть ни что иное, как индетерминизм и идеализм, только объективная ответственность должна применяться в нашем праве. Подобные взгляды ничего общего с марксистско-ленинской философией не имеют. Даже замена обоих принципов, например, на выдвинутый принцип «социальной вредности», не означала по существу отказа от теории причинения.

Безусловно, ликвидация эксплуататорских классов, отсутствие антагонистических противоречий между предприятиями, между государством и гражданами вводит совершенно иной смысл, иное содержание в случаи применения ответственности только за факт причинения вреда⁶⁵. Поэтому не следует делать знака равенства между ними и применением пресловутой теории «профессионального риска», тем не менее социально-философские и правовые обоснования принципа причинения не выдерживают никакой критики и стремление заменить этим принципом принцип вины не находит и не может найти поддержки у большинства юристов. В силу чего как несостоятельный, как игнорирующий всякое проявление воли субъектов, какого-либо осознания ими возможных последствий и ответственности за это, он был отвергнут. Только виновная ответственность свидетельствует о «подлинно демократическом характере советского гражданского права»⁶⁶.

* * *

Буржуазная юриспруденция выдвинула также теорию «производственного риска»⁶⁷, теорию, продиктованную интересами капиталистического оборота, стремящуюся снять с предпринимателей ответственность за убытки, связанные с неисполнением обязательств, якобы вызванные забастовками трудящихся, классовой борьбой пролетариата. Так, А. Мühler указывает, что ответственность предпринимателя при забастовке по отношению к партнеру исключается в том случае, если возникновение

⁶⁵ О принципиальном отличии этих случаев в советском праве; см. у Г. К. Матвеева. Основания гражданско-правовой ответственности. М., «Юридическая литература», 1970, стр. 85, 86.

⁶⁶ Г. К. Матвеев. Основания гражданско-правовой ответственности, стр. 83. Вряд ли есть какие-либо основания допускать, как это делает автор (стр. 87), возможность у нас в будущем замены принципа вины принципом причинения. Есть другие пути (и о них говорит Г. К. Матвеев) повышения обеспечения при несчастных случаях.

⁶⁷ Применяемое в советском праве, главным образом трудовом, понятие «производственный риск» ничего общего с указанной теорией не имеет и употребляется совершенно в ином смысле (творческий поиск, необходимый, хотя и опасный шаг в интересах дела и т. п.). Иногда путают наименования «производственный» и «профессиональный» риск на производстве.

забастовки нельзя было проконтролировать и избежать⁶⁸. Совершенно очевидно, что причиной забастовок как одной из форм классовой борьбы являются политическое бесправие и нещадная эксплуатация трудящихся, поэтому говорить о том, что в их возникновении нет вины предпринимателя, что их нельзя избежать — по меньшей мере странно. Но иначе и не могла поступить буржуазная юриспруденция: не могла же она признать, что все зло в капиталистической системе, которая неизбежно порождает классовую борьбу. Правда, производственный риск в данном случае понимается несколько шире, чем указано выше. Сюда включаются и некоторые другие случаи остановки предприятия, в том числе и по неизвестным причинам⁶⁹. Проблема риска здесь возникает в связи с необходимостью выплачивать зарплату или нести другие расходы, однако в буржуазной юридической литературе эта проблема связывается главным образом с забастовочным движением. А. Мühlen считает, что только теория производственного риска, а не теория «невозможности»⁷⁰ может преодолеть трудности при решении данного вопроса.

Наибольшим успехом пользуется в настоящее время разновидность теории производственного риска — «теория сфер». Больше того, считается даже, что теория производственного риска исходит из теории сфер. Согласно этой теории в риске имеются соучастники, и он делится на сферы. К сфере работодателя принадлежат все внутрипроизводственные затруднения (взрывы, повреждения машин, пожары, выключение тока, отсутствие сырья и т. п. плюс стихийные бедствия и запреты властей), к сфере нанимающегося относятся забастовки и другие коллективные действия, которые ведут к невыплате зарплаты⁷¹. Нетрудно увидеть, что такая конструкция пытается оказать давление на рабочих и переложить на них безусловную вину самого предпринимателя, вызвавшую коллективные действия пролетариата. Эта теория пытается внушить трудящимся, что они лишь соучастники риска и предприниматель многие убытки берет на себя, что по тарифному договору учитывается степень риска: предприниматель теряет от уменьшения продукции, нанимающийся — от уменьшения зарплаты⁷². Но если нанимающийся полностью лишается средств к существованию, к чему его вынуждает эксплуа-

⁶⁸ См. Alexander Mühlen. Die Schädigung von drittbetrieben im arbeits Kampf, vergleichende darstellung den rechtslage in Deutschland und Frankreich. Köln, 1967, S. 2.

⁶⁹ См. там же, стр. 56.

⁷⁰ О категории невозможности исполнения речь пойдет ниже.

⁷¹ См. А. Мühlen, там же, стр. 58.

⁷² См. там же, стр. 71, 75. См. также о производственном риске: Abels. Das Betriebsrisiko in den Verhältnissen der Nachriegszett, Dissertation, Köln, 1950; Jorns. Das Betriebsrisiko. Heidelberg, 1957; Risiko verteilung in von rechtmäßigen Arbeitskämpfen betroffenen Betrieben. „Recht und Staat“, Tübingen, 1965, Heft 304/305; Mayer-Maly, H. C. Nipperdey. Risikoverteilung in mittelbar von rechtmäßigen Arbeitskämpfen betroffenen Betrieben. Tübingen, 1962.

тация, т. е. вина предпринимателей, всего капиталистического государства, то предприниматель фактически не теряет ничего, компенсируя свои потери усилением эксплуатации, выколачиванием дополнительных барышей, получением страховки. Теория сфер по своей сути — это глубоко реакционная теория, пытающаяся завуалировать эксплуатацию, переложить ущерб на плечи трудящихся, отвлечь их от классовой борьбы. Эта же теория возлагает на предприятия-контрагенты убытки от забастовок солидарности и локаутов.

~~Среди буржуазных юристов бытует также теория «экономического риска». Вопрос об экономическом риске возникает тогда, когда с технической точки зрения дальнейший ход работ возможен, но по экономическим соображениям он бессмыслен, причем часто, когда контрагенты затронуты борьбой рабочих и продукция не получает сбыта. Некоторые буржуазные юристы и экономисты считают, что бессмысленность дальнейшей работы делает законной невыплату зарплаты нанявшимся. Основные споры среди приверженцев этой теории риска сводятся в действительности к тому, кто из партнеров должен нести убытки. Сам А. Мühlen придерживается той точки зрения, что если работа не может быть возобновлена у себя или у контрагента в период рабочей борьбы из-за технической невозможности или экономической бессмысленности, то предприниматель освобождается от выплаты зарплаты⁷³. Вообще говоря, «экономическая бессмысленность» в капиталистическом мире — понятие растяжимое, позволяющее перекладывать на плечи трудящихся убытки предпринимателей, вызванные виной их контрагентов или даже просто колебаниями рыночной конъюнктуры. Не случайно, эти взгляды не встретили единодушной поддержки даже в среде буржуазных юристов, уж слишком откровенно реакционными они выглядят.~~

Довольно широкое распространение в буржуазном праве получила теория «принятия риска» или, как ее называют, теория «добровольного риска» — «Voluntary takings of Risk». Наличие такого риска нельзя отрицать и в советском праве и он подлежит специальному рассмотрению. Но корни этой теории в буржуазном праве покоятся на том же профессиональном и производственном риске, здесь то же стремление снять ответственность с предпринимателя, о чем мы уже упоминали. Р. А. Landon прямо указывает, что если кто-либо соглашается работать в опасном предприятии и знает об опасности, это означает, что он добровольно пошел на риск и не может требовать возмещения ущерба при отсутствии вины нанимателя⁷⁴. Это главное

⁷³ См. А. Мühlen. Цит. соч, стр. 75, 76, 78.

⁷⁴ См. Р. А. Landon. Pollock's Law of Torts. London, 1951, p. 118. Об этом же говорит и Р. Воуре в своей теории контракта. (См. Les conflits de lois en matière d'obligations extracontractuelles. Paris. 1961, p. 19).

в добровольном риске, но, конечно, он применяется не только в подобных случаях. Довольно широко используется это понятие в спорте: не может человек жаловаться на повреждения, так как по своей воле вступил в поединок, да и зритель, пострадавший от попавшего в него мяча, является в этом смысле «добровольцем» — человек, знающий что он идет на опасность и идущий по этому пути добровольно, не может рассчитывать ни на что⁷⁵. Другой английский юрист Н. Street уточняет, что если в числе пешеходов окажется, например, член клуба игры в гольф и именно он пострадает от удара мяча, то возмещения не последует, поскольку считается, что он принял добровольно риск, хотя и в момент причинения ущерба был рядовым пешеходом⁷⁶. Эта теория очень помогает различного рода дельцам от спорта в капиталистических странах. Н. Street особое внимание уделяет вопросу согласия (consent), характеру voluntary act. Он полагает, что есть две формы согласия: согласие на вторжение в интересы истца в форме деликта и согласие участвовать в риске при наличии источника опасности, что лучше назвать «принятие риска»⁷⁷. Именно так — принятие риска или «Acceptation des risques» трактует эту теорию Y. Leservoisiere. Особое внимание он уделяет случаям добровольного пользования бесплатным транспортом, услугами других лиц, указывая при этом, что добровольное принятие риска нельзя отождествлять с добровольным принятием ущерба, происшедшего по вине или даже по ошибке причинителя⁷⁸.

Вообще нужно сказать, что в зарубежной литературе последнего времени (правда, меньше всего в правовой) отводится все больше и больше места риску в различных сторонах жизни. Есть работы, посвященные моде и риску⁷⁹, риску в садоводстве⁸⁰, в капитальных вложениях⁸¹, в лабораторных исследованиях⁸² и т. д.

Особенно много внимания уделяется риску в буржуазной экономической литературе в связи с коммерческой деятельностью, биржевой игрой, шансами, прибылью⁸³. В Нью-Йорке

⁷⁵ См. P. A. Landon, Цит. соч., стр. 115, 127.

⁷⁶ См. H. Street. The Law of Torts. London, 1955, p. 169.

⁷⁷ См. H. Street. Цит. соч., стр. 171, 172, 77.

⁷⁸ См. Y. Leservoisiere. La responsabilité civile résultant du transport gratuit de personnes en droit français et en droit Anglais. Paris, 1966, p. 102 etc. См. также N. Kogan and M. A. Wallach. Risk taking, 1964. Понятие риска в системе человек — машина исследует T. H. Rockwell. (См. Risk — acceptance research in man — machine systems. 1962).

⁷⁹ См. Hirmer Max-Peter. Mode und Risiko, 1965.

⁸⁰ См. H. Storck. Das Risiko im Gartenbau un seine Abwehr, 1966.

⁸¹ См. D. B. Hertz. Risk analysis in capital investment. "Harvard Business Review", 1964, т. 42, № 1, стр. 95—106.

⁸² См. D. F. Cox. Risk taking and information handling in consumer behavior. Howard, 1967.

⁸³ См.: F. H. Knight. Risk, uncertainty and profit, 1964; C. F. Carter and others. Uncertainty and business decisions, 1960; P. Shepherd and A. C. Webster. Selection of risks, 1957; W. T. Carleton. Measurement

даже издается специальный журнал «Risk Management» («Риск в предпринимательстве»).

В буржуазной литературе отмечается, что одной из труднейших проблем предпринимательской деятельности является выбор оптимального варианта вложения капитала. Предприниматель сталкивается с рядом неопределенностей. Эти неопределенности, взятые вместе, образуют так называемую критическую неопределенность, при которой вступает в действие элемент риска. Перед предпринимателем стоит сложная задача определить степень риска, учтя рыночную конъюнктуру и влияние других факторов, причем часто строящиеся на предположении расчеты не дают должного результата⁸⁴. Совершенно очевидно, что неопределенность и риск — это следствие ведения беспланового хозяйства, экономических кризисов, стихии рынка, составляющих неизбежные атрибуты капиталистического строя.

§ 3. Риск как универсальная категория и теория распределения рисков

Русский цивилист Д. И. Мейер утверждал, что каждое обязательство сопровождается риском или страхом; он говорил, что обязанность нести ущерб, если действие, составляющее предмет обязательства, сделается невозможным и составляет риск, или страх по обязательству¹. Причем, Д. И. Мейер не выделял здесь наступления невозможности совершения действий по вине или без вины субъекта, считая лишь, что риск — это и есть обязанность несения ущерба.

Одним из наиболее рьяных приверженцев общей теории риска, риска в широком, универсальном значении этого понятия является известный советский цивилист Я. М. Магазинер, на взглядах которого мы позволим себе остановиться наиболее подробно².

Я. М. Магазинер утверждает, что любое положительное действие в обязательстве, составляет для управомоченного определенный интерес (возможность блага), но в то же время оно сопряжено с возможностью зла, т. е. с известным риском. Однако

of risk attitudes of Wisconsin banks, 1960; H. V. Snider. Risk management, 1961; D. E. Farrar. The investment decision under uncertainty, 1962; G. L. S. Shackle. Decision, order and time in human affairs, 1963; K. H. Borch. Wirtschaftliches Verhalten bei Unsicherheit, 1969; P. Conzelmann. Risiken und Chancen der mittelständischen Zulieferer und Wirtschaftspolitische Möglichkeiten der Risiko abgrenzung, 1966; W. Engels. Rentabilität, Risiko und Reichtum, 1969; I. S. Hammond. Better decisions with preference theory. „Harvard Business Review“, 45, 1967, стр. 123 и др.

⁸⁴ См. D. В. Нертз. Цит. статья, стр. 97 и след.

¹ См. Д. И. Мейер. Русское гражданское право. М., 1873, стр. 376.

² См. Я. М. Магазинер. Советское хозяйственное право. Л., Изд. курсы Взаимопомощи студентов Ленинградского института народного хозяйства им. Ф. Энгельса, 1928.

риск не может освободить от выполнения обязательства. Автор полагает, что риск является одним из важнейших моментов, вплетенных в обязательство «и нередко являющийся его содержанием»³.

Подобно тому, как наука и техника устраняет ряд рисков (противопожарные меры, медицина), их устраняет и право, обеспечивая известные интересы (страхование и т. п.), причем совершенно очевидно различие борьбы с хозяйственными рисками в капиталистических странах и в социалистическом обществе. В странах капитала эти риски, как и борьба с ними, сугубо индивидуальны, в социалистическом обществе множество рисков принимает на себя государство, происходит их консолидация в государственном хозяйстве, которое, в отличие от стихийного распределения рисков в капиталистических странах, осуществляет их плановое распределение. Это рассуждение Я. М. Магазинер завершает необычным определением права как системы распределения рисков в интересах господствующего класса, иными словами, — это социальная поправка, в интересах господствующих классов, к тому стихийному распределению рисков, которое является следствием действия социально-экономических сил⁴. Право представляет собой систему норм, «закрепляющих необходимое распределение общественных благ и возникающих в обществе рисков», — пишет об объективном праве автор в другой своей работе. И далее автор вновь говорит о праве как о системе распределения рисков, как о специальной поправке. Что же касается субъективного права, то это, по его мнению, «открытая возможность действовать беспрепятственно при устраненном или ослабленном риске»⁵.

Трудно, конечно, согласиться с таким определением права, хотя и в этом определении очевидна воля господствующего класса, что следует из примеров, которые приводит автор в подтверждение своего вывода. Так, если бы государство освобождало всех граждан от ответственности по причине незнания ими законов, оно принимало бы на себя огромный риск, т. е. несло бы все вредные последствия такого незнания. Этот риск государство и перелагает на своих членов, но оно не может и ослабить его действие, не применяя обратной силы и т. п. Наоборот, государство принимает на себя риск в порядке страхования за случаи, в возникновении которых оно абсолютно неповинно. Государство несет, скажем, административный риск (возможные

³ См. Я. М. Магазинер. Цит. соч. В свое время эта работа Я. М. Магазинера была подвергнута критике со стороны П. Стучки, указавшего, что она пропитана «острым соусом юридической логики» и отличается крайним «юридизмом». (См. обзор литературы по гражданскому праву. «Революция права», 1929. № 3, стр. 114)

⁴ См. Я. М. Магазинер. Цит. соч., стр. 290.

⁵ Я. Магазинер. Заметки о праве «Вестник юстиции Узбекистана», 1925, № 4—5, стр. 35.

препятствия на пути к осуществлению актов власти) и другие риски. Эта универсальная (мы бы так ее назвали) теория риска с точки зрения Я. М. Магазинера объясняет и меры социальной защиты: нарушитель усиливает риск для охраняемых государством благ, посягая на них (это социально вредное сложение с себя и переложение на других риска). Наказание, точнее угроза наказания, усиливает риск, от которого лицо хотело освободиться. Автор утверждает, что только с точки зрения распределения рисков можно объяснить ответственность за опасные для социальной среды правонарушения: государство отказывается нести риски. На этом же принципе построено и страхование гражданской ответственности (переложение за известную плату риска). Наконец, утверждает Я. М. Магазинер, и всякий договор есть не что иное, как взаимная гарантия от рисков — принятие на себя тех рисков, которые могут возникнуть на пути исполнения. Именно в этом заключается всякая обязанность, тогда как право — это, наоборот, гарантия от рисков, стоящих на пути осуществления интересов. Иначе, право — это средство для гарантии субъекту определенных благ (от риска потерять их), как бы неблагоприятно сложились для него фактические обстоятельства (гарантия есть и для обязанного — предел требований), таким образом, блага управомоченного тоже ограничены и во всяком праве налицо юридически парализованный (ослабленный) риск, от которого право и стремится охранить управомоченного⁶.

Всякая обязанность включает в себе несение риска, риск прекращается исполнением, но закон защищает лишь те обязательства, которые риск сопровождает, а не те, в которых он является основным содержанием (пари, игра — в них нет эквивалентности встречного удовлетворения, нет полезного перераспределения существующих рисков, а налицо создание новых, случайно распределяемых рисков). В отличие от таких обязательств при страховании риск хотя и составляет содержание, но страховщик получает при этом определенный эквивалент; даже если страхователь ничего не получит, а только теряет, он теряет независимо от своей воли (рискующего) и устранение этого риска полезно. Компенсация этого, допускаемого государством повышенного одностороннего риска, — уверенность в защите.

Коренное начало теории распределения рисков Я. М. Магазинер видит в принципе вещного права (риск от случая несет собственник), и в принципе обязательственного права (риск от случая несет нарушитель обязанности). Автор далее раскрывает эти принципы, он иллюстрирует их просрочкой исполнения, которая даже в силе изменить положение о риске собственника (пересиливание, преодоление одним правилом другого)⁷.

⁶ См. Я. М. Магазинер. Советское хозяйственное право, стр. 292, 293.

⁷ См. Я. М. Магазинер. Цит. соч., стр. 295.

Широко толкуя понятие риска, автор говорит о возложении риска на нарушителя при наличии умысла или упущения. Я. М. Магазинер свою теорию не сводит к принципу причинения, хотя он и отрицает вину как основание гражданской ответственности. Так, например, говоря о правиле пересиливания применительно к внедоговорным обязательствам, автор указывает, что причинитель за случайный вред отвечает только в том случае, если в его обязанность входило принятие мер и против случайного вреда, который явился причиной ущерба. Здесь причинитель несет риск, связанный с несением именно этой обязанности, для него это уже не случай, а неосторожность⁸. Если нет нарушения, утверждает автор, не может быть и переложения (перенесения) риска на другого субъекта. Из этого он делает такой вывод: несобственник не может нести риск от случая с чужой собственностью, разве бы он не допустил нарушения⁹. Отрицательное отношение автора к принципу причинения проявляется и в том, что он не согласен с возложением ответственности, исходя из соображения выгоды, считая, что это экономическое, а не юридическое основание.

Я. М. Магазинер особое внимание отводит специальному риску — риску недоказанности известных фактов. Он полагает, что презумпции (например, сомнение — в пользу должника) и фикции (например, знание законов) являются часто средствами предустановления, определенного распределения рисков от недоказанности или недоказуемости фактов. Автор утверждает, что задача распределения рисков состоит в регулировании как событий и действий, так и фактов, наступление которых непредвиденно и непредотвратимо. С наступлением таких фактов право не может бороться, но оно может целесообразно распределять последствия от них; право «бессильно управлять стихией случая», но оно в состоянии «регулировать и исправлять его последствия»¹⁰.

В одном из разделов исследуемой работы автор подводит как бы итог своим взглядам на теорию распределения рисков. Он полагает, что правовая норма налагает определенные обязанности, поскольку исполнение сопряжено с «известным риском», иногда вероятным, иногда почти необходимым, а преодоление препятствий вынуждает обязанного субъекта взять на себя весь риск утраты блага или возникновения зла. Исполнитель идет навстречу риску, именно в этом ярко проявляется существо обязанности, «как несения риска от обстоятельств, сопровождающих ее исполнение». Риск присущ всякой работе и всякому исполнению. Отсюда, указывает далее Я. М. Магазинер,

⁸ Автор под случайным вредом, правда, понимает только непредотвратимый.

⁹ См. Я. М. Магазинер. Цит. соч., стр. 297.

¹⁰ См. там же, стр. 298.

возможно и «стремление сложить с себя этот риск», чему необходимо (во избежание угрозы разрушения системы распределения рисков) создать противовес, который заключается в новом риске — риске наказания. Опасность применения наказания (ответственности), т. е. бóльшего риска по сравнению с тем, от которого хотел освободиться субъект, достаточна для соблюдения норм права, т. е. для «непоколебимости существующей системы распределения рисков»¹¹. Именно в этом — в риске ответственности автор видит главную задачу права, характерную особенность юридических норм.

Взгляды Я. М. Магазинера представляют несомненный интерес, импонирует и авторитет, который он придает риску. Безусловно, что определенный риск существует в любом действии, в любом поступке, в любом событии. Человек рискует в этом смысле, становясь к станку, переходя улицу, садясь за руль, заключая сделку, включая свет, обедая, засыпая, просыпаясь и т. д. и т. п. Он рискует при наличии собственной вины и если нет никакой его вины. Это понимание риска в самом широком смысле этого слова, но такое его понимание не совпадает с правовым.

В свое время М. М. Агарков говорил, что лишь с большой натяжкой можно сказать, что риск виновных действий исполнителя создан другим субъектом — должником¹². Допуская такое широкое юридическое понятие риска, Я. М. Магазинер впадает и в другую крайность, видя задачу права в распределении рисков. Он не замечает главного основания ответственности — вину и в этом один из существеннейших недостатков защищаемой им теории.

Возведение риска до универсальной категории присуще не только юристам, но и некоторым философам. Так, Р. Хавеман полагает, что жизнь людей связана с постоянным риском, он восклицает: «Наша жизнь — это всегда риск. Мы всегда пытаемся заранее взвесить, как велики наши шансы в каком-либо предприятии»¹³. Критикуя утверждение этого философа, А. П. Шептулин указывает, что если бы все было именно так, как утверждает Р. Хавеман, то человечество прекратило бы существование¹⁴.

В зарубежной литературе все чаще можно слышать высказывания о массовом риске. О том, что сотни тысяч людей в Соединенных Штатах подвержены опасности смерти и участвуют

¹¹ См. Я. М. Магазинер. Цит. соч., стр. 352, 353, 354.

¹² См. М. М. Агарков. К вопросу о договорной ответственности. Вопросы советского гражданского права. Л.—М., Изд-во АН СССР, 1946, стр. 129.

¹³ R. Haveman. Dialektik ohne Dogma? Naturwissenschaften und Weltanschauung. S. 100.

¹⁴ См. А. П. Шептулин. Система категорий диалектики. М., Изд-во «Наука», 1967, стр. 246.

в этом риске, указывает С. Starr, сводящий, правда, риск к угрозе только денежных потерь, меряющий на деньги все, даже человеческую жизнь. Starr даже подсчитывает выгоду от войны во Вьетнаме, несмотря на то, что десятки тысяч людей подвергаются там риску смерти¹⁵. Кстати, и религия в капиталистическом мире ныне заговорила о риске, который сочетается с «теологией кризиса», с пониманием человеческого бытия как того, что одинокий человек противостоит чуждому ему миру, что он заключен в этот мир, как в тюрьму. Человек в «техническом обществе» подвергается вечным опасностям, «напряжениям»¹⁶. Не случайно Всемирным советом церквей даже издается в Женеве специальный журнал под названием «Risk».

Идея распределения (перенесения) риска заложена и в страховании гражданской ответственности. Особенное распространение получило такое страхование в капиталистических странах¹⁷. Страхование ответственности — это защита против экономических недостатков и перед трудностями опровержения вины, — утверждает Ф. С. Dorschel¹⁸. По существу это является тем ничем иным, как ограничением ответственности¹⁹. Хотя такое страхование еще в двадцатых годах буржуазные юристы стыдливо называли элиминированием риска²⁰, однако в последнее время увеличение риска причинения вреда автотранспортом, развернувшаяся «гражданская война на дорогах» вызвали обращение владельцев автомашин к страховым компаниям. Причем, иногда такое страхование производится принудительно (например, в американском штате Массачусетс). Вот и получается, скажем, при столкновении автомашин, что бремя несут даже сами потерпевшие, ибо страховые фонды создаются из их взносов, а виновных спасает страховой полис²¹. Против такого разложения вреда не возражали и сторонники принципа причинения, заявившие, что случайный вред может быть гибелен, если падает на одного, а разложенный на массу — он не чувствите-

¹⁵ См. С. Starr. Social benefit versus technological risk. „Science“, 163, 1969, № 3899, p. 1235, 1237, 1238.

¹⁶ См. В. И. Гарджа. Протестантизм. М., «Полит. лит.», 1971, стр. 93, 101, 129.

¹⁷ Не случайно в последние годы в зарубежной литературе очень много внимания уделяется риску и страхованию, главным образом в связи со страхованием гражданской ответственности. См., например, М. R. Greens. Risk and insurance, 1969; R. H. Blanchard. Risk and insurance, 1965; I. M. Wickman. Evaluating the health insurance risk, 1965. R. H. Wherry and M. Neuman. Insurance and risk, 1964; P. Braess. Versicherung und Risiko. Wiesbaden, 1960 и др.

¹⁸ См. F. C. Dorschel. Haftung und Haftpflichtver — Sicherung — ihr Verhältnis zueinander und ihre Bedeutung in der Arbeitgeber — Arbeitnehmer — Sphäre. Диссерт. Stuttgart, 1964, стр. 9.

¹⁹ См. там же, стр. 66, 71.

²⁰ См. С. О. Гардью. Risk and risk. Chicago, 1923, стр. 4 и др.

²¹ См. Ю. Г. Матвеев. Цит. статья, стр. 81. На тенденцию замены деликтной ответственности страхованием указывает и А. А. Собчак. Цит. статья, стр. 57.

лен; это и вызывает инстинктивную потребность разложения убытков. Но, по существу, здесь не разложение, а переложение вреда²².

В некоторых договорах с учетом капиталистического оборота английские юристы строят ответственность только на началах риска. Договор обосновывается принятием на себя сторонами определенных рисков: долг, возникший из неформального договора, поэтому предполагается с самого заключения как предпосылка для возникновения требования о возмещении убытков, если таковой будет нарушен. В деле *Loggigen*, рассматривавшегося в 1923 году, судья *Sumner* провозгласил: «Большинство договоров надо рассматривать как род коммерческого страхования, при котором каждое событие стремятся отнести на риск той или другой стороны». Договорное обязательство здесь рассматривается как гарантия определенного экономического результата, поэтому ответственность строится на идее распределения рисков между субъектами²³.

Выше мы указывали уже, как в новейшем законодательстве капиталистических государств убытки, вызванные профессиональным риском, через страховые компании перекладываются на плечи трудящихся, аналогичным образом, калькулируя цены, капиталисты освобождаются даже от виновной ответственности, перенеся убытки на потребителя²⁴. На извращение общих принципов ответственности, на смешение ее в таком переплетении с началом коллективной гарантии, когда страховщик имеет и право регресса к виновному и взимает премии или взносы с объединяемых им лиц, указывают сами буржуазные юристы²⁵.

В свое время в советском транспортном праве применялся страховой принцип ответственности перевозчика. Так, по декрету от 16 января 1922 года отправители должны были объявлять ценность сдаваемых ими к перевозке грузов и вносить в НКПС страховую премию. Последняя и обращалась на удовлетворение требований о недостатке, утрате или порче грузов. С усилением хозяйственного расчета и укреплением финансового положения железных дорог стало неизбежным возложение на них имущественной ответственности, и страхование грузов должно было приобрести субсидиарный характер²⁶. В настоящее время

²² См. И. А. Покровский. Цит. соч., стр. 290—292.

²³ См. Л. Луниц. Учение о невозможности исполнения договорных обязательств в английском праве. «Учен. записки ВЮОН», вып. У. М., Юриздат, 1947, стр. 93.

²⁴ Р. Саватье (см. цит. соч., стр. 326) саму ответственность считает риском, принимаемым на себя страховщиком. В годы войны в Англии был даже принят закон о страховании военного риска 1939 года (См. Р. О. Халфина. Гражданское законодательство Англии в период второй мировой войны. «Советское государство и право», № 1, 1946, стр. 77).

²⁵ См. Л. Жюлио де ла Морандьер. Цит. курс, т. 2, стр. 406.

²⁶ См. К. К. Яичков. Договор железнодорожной перевозки грузов по советскому праву, М., «АН СССР», 1958, стр. 215, 216.

страхуются находящиеся в пути грузы, принадлежащие кооперативным и общественным организациям. Но это страхование производится по договору с органами Госстраха и не является страхованием гражданской ответственности, а возмещение ущерба производится при наступлении определенных случаев (стихийные бедствия, аварии).

В начале 60-х годов в советской правовой литературе вновь зашел разговор о страховании гражданской ответственности. За введение у нас такого вида страхования выступили в 1961 году С. Артемьев и Д. Половинчик²⁷. К ним присоединился и Н. Малейн, мотивировавший свою точку зрения тем, что трудно возмещать утраченный заработок, если ущерб причинен гражданином на собственном или арендованном им транспорте (отсутствие средств, смерть и т. п.)²⁸. С практической точки зрения в таком страховании много привлекательного, но дело именно в том, что по существу оно приводит не только к перенесению, перераспределению риска, но также и к случаям освобождения от ответственности виновных лиц, к подмене их. На это указывал В. Рахмилович²⁹. Он замечал, что нельзя смешивать страхование автомобилей при их прокате (сумма включается в плату) со страхованием ответственности при причинении вреда, как нельзя смешивать страхование блага со страхованием гражданской ответственности за причинение вреда этому благу. В последнем случае ответственность перелagается, хотя зачастую это может и облегчить положение потерпевшего. Здесь ответственность причинителя заменяется ответственностью страховщика, который не во всех случаях может воспользоваться правом регресса и далеко не всегда получает от причинителя достаточную сумму взносов.

Такое страхование вообще-то противоречит сущности ответственности, освобождает от нее зачастую действительных виновников и перелagает ущерб на невиновных лиц. В. Рахмилович, отмечает, что при случайной гибели самих взятых напрокат автомобилей, абонент вообще не может отвечать за случай³⁰.

²⁷ См. С. Артемьев и Д. Половинчик. Новые виды страхования подкаживает жизнь, «Советская юстиция», № 11, 1961, стр. 3, 4.

²⁸ См. Н. Малейн. Страхование гражданской ответственности. «Советская юстиция», № 11, 1962, стр. 22—23. Солидарен с этим и Д. С. Левинсон. (См. В собственность или напрокат? М., «Юридическая литература», 1966, стр. 41).

²⁹ См. В. Рахмилович. О страховании гражданской ответственности. «Советская юстиция» № 4, 1962, стр. 21.

³⁰ См. В. Рахмилович. О страховании гражданской ответственности, стр. 22. Выступления в защиту страхования гражданско-правовой ответственности не прекращаются и сейчас. Так, М. Я. Шиманова полагает, что эта ответственность обеспечила бы интересы невиновных страхователей. (См. Обязательства, возникающие вследствие причинения вреда с участием иностранных граждан. «Правоведение». № 3, 1970, стр. 80). Продолжает высказываться за рациональное сочетание института ответственности и страхования и Н. С. Малейн (Вина — необходимое условие имущественной ответственности, стр. 32, 35).

Позднее В. А. Рахмилович признал возможным возложение на органы Госстраха обязанности возмещать причиненный механизированными средствами транспорта ущерб³¹. Правда, он отмечает, что в этих случаях ответственность индивидуальных владельцев представляет собой не что иное, как «перенесение риска случайного имущественного вреда», и считает, что здесь речь идет не о страховании ответственности, а о страховании риска. Прав автор в том, что недопустимо возлагать на Госстрах имущественные последствия при любом виновном причинении вреда и следует предоставлять право регресса к виновникам. Интересы потерпевших, да и интересы самих страхователей при случайном причинении вреда, конечно, требуют решения данного вопроса. Однако представляется, что обязанность органов Госстраха по возмещению убытков потерпевших (если при всех противоречиях принципам гражданско-правовой ответственности и страхования на эти органы, а не на другие, такая обязанность все же будет возложена) должна быть абсолютной при случайном причинении вреда и субсидиарной — при других обстоятельствах, с предоставлением им права регресса к виновным. Нельзя согласиться с В. А. Рахмиловичем, что в этом случае будет иметь место страхование риска. Можно лишь говорить об особом риске страховщика, о перенесении на него в силу этого риска имущественных потерь, вызванных случайным причинением вреда индивидуальным владельцем транспортных средств, либо невозместимых потерь при имущественной несостоятельности или затруднительности этого владельца.

Как было указано выше, в последнее время вновь появилась тенденция к определенной универсализации риска. Мы имеем в виду высказывания О. А. Красавчикова, который совершенно обоснованно признает за риском не решающую, а вспомогательную роль, но распространяет эту категорию «на все важнейшие виды имущественных гражданско-правовых связей»³². Однако предпринятое О. А. Красавчиковым деление риска на общий (при любых случайных обстоятельствах) и специальный (только при отсутствии вины) ничего общего не имеет с рассмотренной выше универсальной теорией.

³¹ См. В. Рахмилович. О страховании гражданской ответственности владельцев механизированных средств транспорта, «Советская юстиция», 1970, № 21, стр. 14—15.

³² См. О. А. Красавчиков. Цит. монография, стр. 144.

ПОНЯТИЕ РИСКА В ГРАЖДАНСКОМ ПРАВЕ

§ 4. Сознание, воля, вина¹

В психологии «воля» означает сторону психической деятельности человека, которая получает выражение в сознательной целенаправленности всех движений, поступков, действий². Волю понимают прежде всего как активность человека, осуществляемую с поставленной заранее целью, с применением сознательно усилия и с предварительным выбором необходимых средств³. Человек обычно сам избирает свое поведение, преднамеренно направляя его на достижение определенной цели, вопреки возникающим препятствиям. Такие действия человека сознательны и произвольны. Иными словами, действие человека является целенаправленным. Цель, которую преследует лицо, осуществляется в результате его действия. Как утверждает известный советский психолог С. Л. Рубинштейн: «Специфически человеческие действия все являются волевыми в широком смысле слова,— все они сознательные, целенаправленные действия, все они включают целеустремленность и сознательное регулирование хода действия в соответствии с целью»⁴. На огромное значение сознания и самосознания человека неоднократно указывали классики марксизма-ленинизма. Ф. Энгельс называл самосознание венцом, святыней, градем, «который всех преданных ему делает королями, бросает к их ногам и заставляет служить их славе все великолепие и всю силу, все величие и все могущество, всю красоту и полиоту этого мира»⁵.

Нет противопоставления волевых процессов интеллектуаль-

¹ Этот вопрос освещен в статье автора «Философские и психологические аспекты вины». (См. «Вопросы уголовного права, прокурорского надзора, криминалистики и криминологии». Сб. 3—4. Душанбе, 1971, стр. 304—316). В связи с этим в данном параграфе он излагается кратко.

² См. А. И. Щербakov. Волевые процессы и свойства личности. Л., 1963, стр. 5 и сл.

³ См. П. И. Иванов. Общая психология. Ташкент., 1964, стр. 336.

⁴ С. Л. Рубинштейн. Основы общей психологии. М., 1946, стр. 506.

⁵ К. Маркс и Ф. Энгельс. Из ранних произведений. М., 1956, стр. 444.

ным, как нет исключающей противоположности между волей, интеллектом и чувством. Волевой акт — это действие с интеллектуальными и эмоциональными моментами, это действие умственное, а не только физическое⁶. Волевое действие связано с работой сознания и направляется на осознанную цель, но сама эта цель вызывается побуждениями, отражающими потребности и интересы. Волевая деятельность происходит на основе сознательного регулирования и направления ее личностью. Классики марксизма-ленинизма неоднократно подчеркивали, что ответственность применима лишь тогда, когда человек совершил поступок, «обладая полной свободой воли»⁷.

Волевое действие включает в себе отношение человека к предмету, к существующей обстановке. Отношение это представлено именно в волевом действии⁸. «Воля — это не только механически действующий психологический момент, но и решающая точка перехода от простого мышления и представления к объективному поведению»⁹. Воля является практической стороной сознания, деятельной стороной разума и морального чувства¹⁰. Но свобода воли как понимание необходимости не является фактом нашего сознания, на что указывал В. И. Ленин¹¹.

В капиталистическом мире до сих пор процветают взгляды иррационализма и волюнтаризма Артура Шопенгауэра и правозвестника сознательного как слепой мотивационной силы З. Фрейда, ницшеанские требования неограниченного нравственными и разумными установлениями «свободного» проявления воли к власти¹². «Воля сама по себе бессознательна и представляет собою лишь слепой, неудержимый порыв...» Вот точка зрения А. Шопенгауэра¹³. Он полагает, что воля и субъект лежат вне времени, причем воля не подвластна необходимости. Шопенгауэр принижает роль сознания, указывая, что интеллект узнает а posteriori решения воли¹⁴.

⁶ См. П. И. Иванов. Цит. соч., стр. 336; см. также П. С. Дагель. Содержание, форма и сущность вины в советском уголовном праве. «Правоведение», № 1, 1969, стр. 80.

⁷ Ф. Энгельс. Происхождение семьи, частной собственности и государства. (К. Маркс и Ф. Энгельс, Соч., т. 21, М., Политиздат, 1961, стр. 82).

⁸ См. С. Л. Рубинштейн. Цит. соч., стр. 517.

⁹ Ион Лешкас. Вина как субъективная сторона преступного деяния. М., Юриздат, 1958, стр. 23.

¹⁰ См. А. Г. Ковалев. Психология личности. М., «Просвещение», 1965, стр. 29.

¹¹ В. И. Ленин. Экономическое содержание народничества. Полн. собр. соч., т. 1, стр. 440.

¹² В. Бассин. Сознание и бессознательное. М., Изд-во АН СССР, 1962, стр. 41.

¹³ А. Шопенгауэр. Мир как воля и представление, т. 1, М., 1900, стр. 283.

¹⁴ Последователи этих взглядов есть и среди современных реакционных буржуазных «ученых». Так, Ричард Тейлор в книге «Действие и цель» пишет, что если волевые акты являются причиной наших действий, то мы не

С резкой критикой подобных «бредней философского идеализма», возводивших волю во всеобщую универсальную абстракцию, выступил В. И. Ленин¹⁵. Воля всегда была главной крепостью идеализма, который трактовал волевым акт в отрыве от действия. Некоторые идеалисты в отличие от приведенных волюнтаристских взглядов целиком сводили волю к интеллекту, некоторые — целиком к чувству; механицисты полностью отвергали волю. Отрицание же целенаправленности действия — основная ошибка всех этих «теорий».

Марксисты признают свободу воли человека, подчеркивая связь ее с необходимостью. Но свобода выбора еще не является свободой действия, которая зависит от характера общественных условий. Свобода — это возможность выбора, а ответственность — оценка выбора. Ответственность сама является условием свободы. Быть свободным — это значит быть во всем в ответе, а критерием поведения являются требования объективной действительности¹⁶. Волю можно считать сознанием в действии, практическим сознанием, она есть функция человеческого мозга, которая выражается в регулировании поведения¹⁷. Воля — это способность претворить в действительность то, что считается субъектом целесообразным¹⁸. Воля — это «сознательная направленность к цели, сознание цели и средств «поведения, действие, направленное на сознательную цель»¹⁹. В то же время воля не есть исключительно процесс сознания и зачастую сама направляет этот процесс.

Итак, воля является одной из сторон психической деятельности субъекта. Человек избирает варианты своего поведения. В этом избирательном характере его поступков и состоит свобода его воли. Но ни в коем случае нельзя прикрываться свободой воли для оправдания любого поведения. Недопустимо сваливание чего угодно на свободную волю²⁰.

Признание марксистско-ленинской философией свободы воли не означает, что она сводит «объективную обусловленность во-

свободны, а вынуждены делать то, что делаем. (См. А. Грюнбаум. Свобода воли и законы человеческого поведения. «Вопросы философии», 1970, № 6, стр. 62).

¹⁵ В. И. Ленин. Полн. собр. соч., т. 13, стр. 241.

¹⁶ См. Г. Смирнов. Свобода и ответственность личности. «Коммунист», 1966, № 14, стр. 60—64. Несомненный интерес в этом плане представляет статья И. С. Самощенко и А. Х. Фарукшина «Предпосылки правовой ответственности». «Правоведение», 1970, № 5, стр. 36, 37.

¹⁷ См. В. И. Селиванов. Воля и ее воспитание. Автореферат докт. диссерт., М., 1952, стр. 13, 15.

¹⁸ О. М. Бакурадзе. Свобода и необходимость. Автореферат докт. диссерт. Тбилиси, 1964, стр. 10.

¹⁹ Ш. Н. Чхартишвили. Проблема мотива волевого поведения. Автореферат докт. диссерт. 1955, стр. 26.

²⁰ В. И. Ленин. Что такое «друзья народа» и как они воюют против социал-демократов? Полн. собр. соч., т. 1, стр. 159.

ли к фатальной предопределенности ее содержания»²¹. Конечно, в широком смысле можно полагать, что выбор человеком определенного варианта поведения из нескольких возможных детерминирован его интересами, его целями²², и уже в этом смысле можно говорить об интеллектуальных предпосылках предпринятого человеком по его желанию поступка. Ф. Энгельс указывал, что «воля определяется страстью и размышлением... Но... рычаги, которыми в свою очередь определяется страсть или размышление, бывают самого разнообразного характера»²³.

В буржуазной философии последних лет широкое распространение получили взгляды экзистенциализма, поставившие в центр философского рассмотрения «человеческую реальность», определившие человеческое существование как «бытие — к — смерти». Экзистенциалисты проповедуют априорность страдания и невозможность его преодоления. Они утверждают, что страх, экзистирование перед лицом смерти составляют основную сущность человеческого существа²⁴. Феномен страха, апофеоз смерти — вот реализация «подлинного» человеческого существования с точки зрения Хайдеггера и других экзистенциалистов²⁵. По их мнению, людьми руководит стихийная вещная необходимость, поэтому, как утверждает Сартр, для человека нет «алиби»²⁶. Границы человеческого выбора, его возможности заранее определены, утверждает экзистенциализм, человеческая свобода лимитируется предлагаемой миром ситуацией. Такая свобода не дает счастья, а лишь доказывает бессилие и обреченность людей, не имеющих никакой цели²⁷. Правда, экзистенциалисты большое значение придают понятию «выбор», ибо существовать и означает для них свободно выбирать свою сущность; личность и создается в результате свободного выбора своей судьбы, каждого поступка на основе свободного выбора целей; как и волевые акты, свободны эмоции и страсти человека, но если свободна наша внутренняя жизнь, не означает ли это, спрашивают они,

²¹ И. С. Самощенко. Свобода воли и ее значение для правового регулирования общественных отношений. «Советское государство и право», 1963, № 12, стр. 35.

²² См. М. Д. Шаргородский. Детерминизм и ответственность. «Правоведение», 1968, № 1, стр. 43. П. С. Дагель в цит. статье верно отмечает, что вина отражает и отношение субъекта к окружающему миру, обществу, его интересам, к людям (стр. 85, 86).

²³ К. Маркс и Ф. Энгельс. Избранные произведения в 2-х томах. Т. 2, М., Госполитиздат, 1948, стр. 372.

²⁴ См. Т. И. Ойзерман. Философия кризиса и кризис философии, «Современный экзистенциализм», М., «Мысль», 1966, стр. 39.

²⁵ См. Р. М. Габитова. Концепция личности и общественной жизни в немецком экзистенциализме, тот же сборник, стр. 136.

²⁶ См. М. К. Мамардашвили. Категория социального бытия и метод его анализа в экзистенциализме Сартра, тот же сборник, стр. 164.

²⁷ См. Т. А. Сахарова. Проблема человека в концепциях французских экзистенциалистов, тот же сборник, стр. 299.

что свободы вообще нет, что человек действует под влиянием аффекта, слепой страсти, без всяких мотивов? Свободный выбор для них абсурден, он находится по ту сторону причин²⁸. «Головокружительным сознанием человеческой свободы» экзистенциалисты называют тоску; человека нельзя утешить, утверждают они, им владеет отчаяние, как расплата за иллюзию, за нереализовавшееся ожидание. Сартр заявляет, что если человек уступил своим витальным побуждениям, значит он выбрал свой страх боли и смерти — это его экзистенциальная вина²⁹. По его мнению, индивид не ведает, что творит, иными словами, он по существу проповедует бессознательность, безволие³⁰. Экзистенциалисты, как указано выше, проповедуют страх, который, по их мнению, является прежде всего постижением мира как страшного. Человек бессилен, проблема выбора сводится к проблеме непосредственного участия, примыкания, спонтанной вовлеченности в действие³¹. По Сартру существование — не означает достижение того, чего хочет индивидум, а означает определять самого себя в отношении желания, то есть автономию выбора, которая сводится не к свободе действия, а к свободе мышления³².

Экзистенциализм — это философия социального пессимизма, загнивающего мира капитала, он не может указать пути преодоления кризиса буржуазного индивидуализма. Это идеалистическая философия, абсурдность которой очевидна. Экзистенциализм имеет определенное влияние и на право, сторонники его выступают против правовых норм, утверждая, что конкретные случаи не укладываются в нормы³³, но в данном случае для нас необходимо подчеркнуть взгляд экзистенциалистов на предопределенность выбора, на фактическую бесцельность человеческих поступков.

Верно, анализируя обширную литературу, отметил Г. К. Матвеев, что смысл и классовая направленность всех «новых» буржуазных теорий о вине заключается в расширении ответственности за нарушение угодного капиталистам правопо-

²⁸ См. Т. А. Сахарова. Цит. соч., стр. 301, 302.

²⁹ См. Э. Ю. Соловьев. Экзистенциализм, «Вопросы философии», № 1, 1967, стр. 73.

³⁰ См. Л. И. Филиппова. Экзистенциальный психоанализ Ж.—П. Сартра: замысел и результат, «Вопросы философии», № 7, 1968, стр. 83.

³¹ См. Т. М. Тавризян. Феноменология Э. Гуссерля и французский экзистенциализм. «Вопросы философии», № 1, 1968, стр. 76.

³² См. Т. И. Ойзерман. Философия марксизма и антиинтеллектуалистическое мировоззрение современной буржуазии. «Против современной буржуазной философии», «МГУ», 1963, стр. 56.

³³ См. Вильям Пешка. Экзистенциалистская философия права, «Против современной правовой идеологии империализма», «Иностр. лит.», М., 1962, стр. 167. На обращение буржуазных юристов к модному субъективно-идеалистическому философскому течению — экзистенциализму указывает В. А. Туманов. (См. Критика современной буржуазной теории права. М., Госюриздат, 1957, стр. 134).

рядка; это приводит к какой-то углубленной «этической» трактовке вины как понятия, лишённого реального психологического содержания, оторванности от конкретных фактов действительности, что привело по существу к кризису учения о вине³⁴. Говоря об интеллектуальной стороне психического отношения субъекта, мы имеем в виду не только мотивационные моменты, не только осознание им общественной значимости своих поступков, их противоправности, но и предвидение результата.

В правовой литературе даются разные определения вины, но все эти определения так или иначе связывают ее с интеллектуальными и волевыми моментами, с психическим отношением субъекта к тому, что он совершает. Г. К. Матвеев определяет вину в советском гражданском праве как психическое отношение лица к своим противоправным действиям и к их вредным последствиям в форме умысла и неосторожности³⁵. В таком же примерно плане высказывался и О. С. Иоффе, который идет дальше, внося еще дополнительный интеллектуальный момент — отрицательное отношение правонарушителя к интересам общества и граждан³⁶. Несколько иначе определяется вина применительно к договорным обязательствам в учебнике советского гражданского права 1965 года: «Недолжное (не соответствующее требованиям права и морали) психическое отношение лица к исполнению обязательства, повлекшее за собой его неисполнение или ненадлежащее исполнение»³⁷. Правда, встречаются определения совершенно иного характера. Так, П. Д. Каминская полагает, что вина имеется во всех случаях, когда должник мог исполнить обязательство, но не исполнил или не мог исполнить из-за зависящих от него обстоятельств³⁸. Против такой объективизации вины, выхолащивания из нее умысла и неосторожности справедливо выступил О. Н. Садилов³⁹. Однако вопрос об осознании противоправности и об отрицательном отношении нарушителя к другим интересам, — это самостоятельный вопрос,

³⁴ См. Г. К. Матвеев. Основания гражданско-правовой ответственности, стр. 176.

³⁵ См. Г. К. Матвеев. Вина в советском гражданском праве, Киев, 1955, стр. 172—178. Аналогичное определение дано в учебнике советского гражданского права под ред. О. А. Красавчикова, М., «Высшая школа», 1968, т. 1, стр. 492.

³⁶ См. О. С. Иоффе. Ответственность по советскому гражданскому праву. Л., Изд-во ЛГУ, 1955, стр. 113. В принципе солидарен с этим и К. Ф. Тихонов. (См. Субъективная сторона преступления, Саратов, 1967, стр. 65).

³⁷ См. Учебник под ред. В. А. Рясенцева, М., Госюриздат, 1965, т. 1, стр. 520. Совершенно не понятно, как психическое отношение может быть недолжным, не соответствовать нормам, т. е. противоправным? Противоправным могут быть действия и их результат, а не отношение к ним.

³⁸ См. П. Д. Каминская. Основание ответственности по договорным обязательствам. «Вопросы гражданского права», М., МГУ, 1957, стр. 93.

³⁹ См. О. Н. Садилов. Рецензия на указанный сборник, «Советское государство и право», № 3, 1959, стр. 138.

хотя совершенно очевидно, что без этих моментов нельзя говорить о вине.

Среди буржуазных юристов бытует, наряду с субъективной теорией вины (отношение лица к своему поведению), также и теория объективной вины (само поведение)⁴⁰. Высказывания, ставящие под сомнение психические и психологические моменты в категории вины, встречаются и у некоторых советских авторов, и у юристов социалистических стран, но эти взгляды справедливо подвергаются критике. Так, В. А. Рахмилович, опровергая точку зрения Каминской о том, что вина не является чисто психологическим понятием, указывает, что она сохраняет психическое содержание, несмотря на то, что является юридической категорией⁴¹.

Трудно согласиться и с выводом В. Кнаппа о том, что вину нужно установить прежде всего путем объективной оценки факта нарушения, а не путем исследования субъективных психических мотивов⁴².

Представляется не очень четкой точка зрения отдельных криминалистов на то, что для деяния важна сознательная воля, для формы вины — субъективное отношение к последствиям⁴³. Нельзя отделять волю от субъективной стороны. Как нельзя, как нам кажется, отделять от вины эмоциональные и мотивационные моменты, которые формируют сознание, неразрывно связаны с ним, а следовательно, и с виной⁴⁴. Иногда допускается какая-то путаница, какое-то искусственное расчленение осознанного, целенаправленного, волевого процесса⁴⁵. Нельзя противопоставлять волю интеллекту, их можно только различать. Но нельзя и отождествлять сознание, намерение и волю; одно желание, намерение не есть еще воля. Воля не сводится только к психическому процессу, а всегда объективирована вовне⁴⁶. Прав В. И. Ткаченко, утверждая, что вина это обязательная совокупность интеллектуальных моментов (осознание, предвидение) и волевого момента (желание, допущение последствий или

⁴⁰ См. С. К. Май. Очерк общей части буржуазного обязательственного права. М., Внешторгиздат, 1953, стр. 124.

⁴¹ В. А. Рахмилович. К вопросу о содержании гражданской вины. «Ученые записки ВЮЗИ», вып. V, М., 1958, стр. 132. В свое время допускал ошибку в этом вопросе и М. Чельцов (Спорные вопросы учения о преступлении, «Социалистическая законность», № 4, 1947).

⁴² См. Виктор Кнапп. Некоторые актуальные вопросы гражданского права Чехословацкой республики, «Советское государство и право», № 7, 1955, стр. 44.

⁴³ См. Н. Д. Дурманов. Понятие преступления. Изд-во АН СССР, 1949, стр. 39.

⁴⁴ См. К. Ф. Тихонов. Субъективная сторона преступления. Саратов, 1967, стр. 86.

⁴⁵ См. Б. С. Антимонов. Значение вины потерпевшего при гражданском правонарушении, М., 1952, стр. 93.

⁴⁶ Б. С. Волков. Проблема воли и уголовная ответственность, Изд. Казанского университета, 1965, стр. 11.

исключение их)⁴⁷. На совокупность психологических элементов указывают и П. С. Дагель и В. С. Константинова⁴⁸.

Итак, психическая сторона совершенного действия (бездействия), или, как ее принято называть, субъективная сторона заключается в волевом акте, в который фактически вплетаются интеллектуальные моменты⁴⁹. Определенный комплекс этого волевого акта составляет вину субъекта. Совершенно прав И. С. Самощенко, который не отождествляет вину со всеми элементами субъективной стороны⁵⁰. Вопрос заключается в том, какие из моментов волевого, осознанного акта должны быть отнесены к вине вообще, к той или иной ее форме в частности. Воля лица при прямом умысле направлена на вредное последствие. Воля лица при эвентуальном умысле не направлена на происшедший вредный результат, субъект стремился к другим последствиям своих действий, но он сознавал, предвидел (не мог не предвидеть) наступление такого результата.

При умысле, однако, имеется сознательное допущение общественно опасного характера действий и их последствий. А. А. Пионтковский полагает, что предвидение может выражаться не только в осознании неизбежности, но и в осознании возможности наступления общественно опасных последствий⁵¹. Тем не менее нужно иметь в виду, что если нет у преступника абсолютной убежденности в отношении последствий, то это выражается в допущении им возможности и благополучного исхода, при этом осознание им общественной опасности совершаемых им действий не вызывает сомнения. Разницу между прямым и эвентуальным умыслом А. А. Пионтковский видит главным образом в характере оценки — в желании или в нежелании, а потому в пренебрежении предвиденными последствиями⁵². Мы полагаем, однако, что нельзя упускать из виду еще один очень важный момент, позволяющий признать содеянное именно умышленным преступлением: хотя лицо и допускает иногда лишь возможность

⁴⁷ См. В. И. Ткаченко. Субъективная сторона преступлений на автотранспорте, «Правоведение», № 6, 1968, стр. 116. Представляется, что и В. И. Ткаченко и Б. С. Волков не всегда четко различают интеллектуальные и волевые моменты. Так, допущение — это, конечно, осознание, а намерение и желание, безусловно, — волевой момент.

⁴⁸ См. П. Дагель. Содержание, форма и сущность вины в советском уголовном праве. «Правоведение», 1969, № 1, стр. 80. См. В. С. Константинова. Вина как условие ответственности по обязательствам поставки. Автореферат кандид. дисс., Саратов, 1970.

⁴⁹ Совершенно очевидно, что к оценке психического состояния человека на любой стадии, даже на первоначальной стадии формирования воли, нельзя подходить без учета всех объективных условий, о чем справедливо указывали многие ученые, в частности Г. К. Матвеев (цит. соч., стр. 156).

⁵⁰ См. И. С. Самощенко. Цит. соч., стр. 154, 155.

⁵¹ См. А. А. Пионтковский. Учение о преступлении по советскому уголовному праву. М., 1961, стр. 348. Об этом также говорит и П. С. Дагель. (См. Проблемы вины в советском уголовном праве. «Учен. зап. Дальневосточного госуниверситета», Владивосток, 1968, стр. 89.)

⁵² См. А. А. Пионтковский. Цит. соч., стр. 358.

положительных последствий, оно должно было осознавать неизбежность отрицательных последствий и могло их осознавать⁵³. Именно в таком сочетании можно допустить при косвенном умысле осознание неизбежности и возможности, в противном случае нельзя говорить об одном и том же виде умышленной вины.

Гражданское право обычно не знает деления умысла на виды и связывает умысел с сознательным избранием лицом именно того варианта поведения, который является противоправным, причем, ~~лицо заведомо знает, что такое поведение нарушает интересы других лиц~~⁵⁴. Правда, Г. К. Матвеев указывает, что отсутствие различий здесь не в психологическом смысле, а в юридическом ввиду одинаковости имущественных последствий⁵⁵.

Умысел как в уголовном, так и в гражданском праве характеризует прежде всего такой интеллектуальный момент, как предвидение противоправности своих действий и результата этих действий. Г. К. Матвеев правильно обратил внимание на то, что ~~умысел характеризуется единством воли и сознания правонарушителя, «оба эти элемента сливаются в едином психологическом акте»~~⁵⁶.

Вина субъекта может выражаться, а в гражданском праве в большинстве случаев выражается — в неосторожности. Последняя есть форма вины, характеризующаяся отсутствием определенной предусмотрительности субъекта, который не предвидит или не осознает противоправного результата именно как последствий своих действий (своего бездействия), хотя он имел полную возможность правильно их оценить и должен был это сделать.

Неосторожность может проявляться в так называемой преступной самонадеянности. Многие авторы сводят определение преступной самонадеянности к легкомысленной надежде субъекта предотвратить предвиденные последствия⁵⁷. При преступной

⁵³ Существует много трактовок косвенного умысла. Это и сознательное допущение без желания, это и преступное безразличие, это и гипотетическая теория: если бы знал, все равно совершил, в отличие от неосторожности, при которой последовало бы воздержание. (См. В. Я. Лифшиц. К вопросу о понятии эвентуального умысла. «Советское государство и право», 1947, № 7, стр. 36).

⁵⁴ См. Советское гражданское право. Учебник под ред. О. А. Красавчикова. М., Изд-во «Высшая школа», 1968, стр. 492.

⁵⁵ См. Г. К. Матвеев. Вина в советском гражданском праве, стр. 251.

⁵⁶ См. Г. К. Матвеев. Основания гражданско-правовой ответственности, стр. 256, 257.

⁵⁷ В последнее время появились высказывания о недопустимости ограничения форм вины в гражданском праве только неосторожностью. (См. Ф. Л. Рабинович. Формы вины предприятия и договорная ответственность, «Советское государство и право», № 3, 1970, стр. 85; В. С. Константинова. Цит. реферат, стр. 15 и др.). Расширяется в литературе и число видов неосторожности: «правовая неосторожность», «волевая небрежность» (См. П. С. Дагель. Цит. соч., стр. 125 и далее).

самонадеянности действия виновного характеризует решимость в совершении нужного ему деяния⁵⁸. Сходство между преступной самонадеянностью и эвентуальным умыслом сводится к отношению виновного к своим и чужим интересам, т. е. к решимости действовать в своих интересах в ущерб другим; разница же заключается в том, что во втором случае чужие интересы приносятся в жертву сознательно, а в первом — по легкомыслию, хотя тоже вполне сознательно. Здесь налицо различие в степени интенсивности антиобщественного отношения к интересам других лиц. М. С. Гринберг предлагал даже включить в определение самонадеянности момент отсутствия высокой общественно полезной цели, которая способна оправдать риск⁵⁹.

Нам кажется, что при преступной самонадеянности немало важное значение имеет характер предвидения. В этом, хотя не только в этом, и заключается принципиальное отличие этой формы вины от косвенного умысла⁶⁰.

Субъект, предвидя возможный результат, не предвидит, точнее не осознает, что он произойдет как следствие его — субъекта — действий⁶¹. Вина этого субъекта, его легкомыслие заключаются именно в том, что он должен был и не только должен был, но и мог сознавать в полной мере не только последствия своих поступков, но и ошибочность своих расчетов, а поэтому должен был либо не совершать теперь уже неправомерное действие, либо принять безусловные меры к пресечению вредных последствий. В литературе высказывалось мнение, что при преступном легкомыслии преступный результат не входит в содержание воли субъекта, ибо он рассчитывает на какое-либо конкретное обстоятельство, которое предполагается достаточным, по его мнению, для предотвращения этих последствий; его легкомыслие и заключается в непроявлении должной осмотрительности в оценке этого обстоятельства⁶². Мы считаем, что дело здесь не столько в расчете на преодоление, сколько в уверенности в благополучном исходе.

⁵⁸ См. Б. С. Утевский. Цит. работа, стр. 268.

⁵⁹ См. М. С. Гринберг. Понятие преступной самонадеянности, «Правоведение», № 2, 1962, стр. 105.

⁶⁰ А. А. Пионтковский, ссылаясь на ст. 9 Основ, полагает, что предвидение возможности наступления последствий носит при самонадеянности абстрактный характер и именно в этом оно отличается от конкретного предвидения при косвенном умысле. (См. указ. работу, стр. 368 и 369). Мы полагаем, что различие заключается в другом, а конкретное предвидение вполне возможно и при самонадеянности.

⁶¹ См. И. Лекшас. Цит. соч., стр. 70, 71.

⁶² См. В. Я. Лифшиц. Цит. статья, стр. 35, 36, 41. Автор подчеркивает, что преступное легкомыслие должно рассчитывать не на удачу а на конкретные обстоятельства. Отсутствие расчета, включение преступно о результата в содержание воли отличает, по его мнению, эвентуальный умысел от преступного легкомыслия. П. С. Дагель подчеркивает, что при преступной самонадеянности предвидение нейтрализуется уверенностью в ненаступлении общественно опасных последствий, а предположение вероятности причинения вреда возможно и при правомерных действиях, в том числе и связан-

Таким образом, психическое отношение виновника к последствиям выражается, как мы полагаем, не только и не столько в предположении предотвращения этих последствий, сколько в необоснованной уверенности, что они не произойдут. В этом и заключается надежда виновника, которую даже со стороны этимологической определяют не только как ожидание, но и как уверенность в осуществлении чего-либо⁶³. Порок психического отношения субъекта, его оценки совершаемого состоит именно в этом. Против такой постановки вопроса (уверенности в ненаступлении последствий) выступает М. С. Гринберг, считающий, что уверенность (на этой позиции стоит В. Г. Макашвили)⁶⁴ и надежда это не одно и то же, ибо надежда предполагает предвидение противоположного результата, а уверенность его исключает⁶⁵. Согласиться с этим нельзя, поскольку предвидеть можно что-либо как возможное, допускаемое, но есть предвидение невозможного в силу предпринятых действий. Именно с таким предвидением мы сталкиваемся при преступной самонадеянности. Уместно здесь вспомнить Жан-Жака Руссо: «Заблуждаются люди не потому, что не знают, а потому, что воображают себя знающими»⁶⁶. Люди не всегда видят, к какому объективному результату приводит их деятельность, не всегда могут верно оценить имеющиеся возможности и иногда стремятся к невозможному, что приводит к противоречию между желаемым и получившимся результатом⁶⁷.

Преступную небрежность иногда именуют неосознанной неосторожностью. Это наиболее сложная форма вины с точки зрения выявления волевых и интеллектуальных моментов; более того, по мнению некоторых юристов, эта сложность заключается не просто в каких-то психологических особенностях, но даже в том, что при преступной небрежности отсутствуют сознание и воля в отношении последствий действий субъекта. Совершенно прав Б. С. Утевский, утверждающий, что виновный далеко не пассивен в своем поведении. Действия его вызываются определенной потребностью, определенным желанием, причем вполне осознан-

ных с риском; в данном случае имеет место легкомысленный характер расчета на предотвращение последствий. (См. цит. статью, стр. 85, также цит. соч., стр. 113, 114).

⁶³ См. С. И. Ожегов. Словарь русского языка, М., 1963, стр. 365; В. Даль. Толковый словарь русского языка, т. 2, 1955, стр. 412, т. 4, стр. 134; Словарь русского языка АН СССР, т. 2, стр. 471.

⁶⁴ См. В. Г. Макашвили. Уголовная ответственность за неосторожность, М., 1957, стр. 20.

⁶⁵ М. С. Гринберг. Проблема производственного риска в уголовном праве, М., 1963, стр. 116.

⁶⁶ В. П. Шахматов (Составы противоправных сделок и обусловленные ими последствия, Томск, 1957, стр. 183), приводя указанный афоризм, замечает, что в самом процессе познания таятся возможности заблуждения.

⁶⁷ См. М. В. Мостепаненко. Классики марксизма-ленинизма о возможности и действительности. Проблема возможности и действительности, М.—Л., Изд-во «Наука», 1964, стр. 18.

ным, у него создается решимость совершить данный поступок, действовать именно в таком направлении⁶⁸. А. А. Пионтковский полагал, что сознание и воля характеризуют при небрежности не только поведение, но и последствия этого поведения⁶⁹. Вот здесь мы и хотим подчеркнуть, что вина выражается не только в психическом отношении к результату, но прежде всего к противоправному действию⁷⁰. Вину характеризует психическое отношение лица к своим противоправным действиям⁷¹. Л. А. Лунц считает, что вина предполагает отношение лица к его собственному противоправному поведению (действию или бездействию). Это отношение, по мнению автора, определяется волевым моментом (желание, нежелание, безразличие) и интеллектуальным моментом (понимание, предвидение)⁷².

Таким образом, бесспорно, что с точки зрения его психики поведение (действие) субъекта и в случае небрежности является волевым и вполне осознанным. Но так ли уж субъект безволен к последствиям этого действия? Господствует именно такая точка зрения — воля и сознание, воленправленность на последствия у виновного отсутствуют. Виновный не предвидит вредного результата, но он вполне мог его предвидеть, это было в его силах, более того, он должен был, обязан был его предвидеть. Субъект допускает беспечность, безразличие, невнимательность к противоправным последствиям. Именно в этом заключается общественная опасность субъекта. Он в данном случае не уверен в том, что произойдет противоправный результат, не желает этого и даже не знает, может ли вообще такой результат произойти. Но не предвидит он потому, что сознательно, именно сознательно, относится к этому предвидению безразлично⁷³. В таком безразличии и заключается волевой и интеллектуальный моменты в психическом отношении виновного к результату его действия (бездействия). Прав Б. С. Утевский, считавший, что в данном случае определенным психическим переживанием является сознательное пренебрежение установленными мерами предосторожности⁷⁴. Кстати, бездействие — это не простая пассивность субъекта, а несовершение им действия, которое он должен был совершить. Нельзя не согласиться с О. С. Иоффе и М. Д. Шар-

⁶⁸ См. Б. С. Утевский. Указ. работа, стр. 279.

⁶⁹ См. А. А. Пионтковский. Указ. работа, стр. 376.

⁷⁰ Критика буржуазной «психологической школы» дается Б. С. Антоновым, (Указ. работа, стр. 89).

⁷¹ К. Ф. Тихонов подчеркивает, что «термином воля обозначается действенная сторона мышления, способность совершать (а не только мыслить) сознательные и целенаправленные действия». (Цит. соч., стр. 54).

⁷² См. И. Б. Новицкий, Л. А. Лунц. Общее учение об обязательстве. М., Госюриздат, 1950, стр. 319, 320.

⁷³ Г. К. Матвеев верно характеризует в этих случаях сознание и волю недостаточно интенсивными и целеустремленными. (См. Основания гражданско-правовой ответственности, стр. 272; см. также Основания юридической ответственности, «Советское государство и право», 1971, № 10, стр. 34).

⁷⁴ См. Б. С. Утевский. Цит. соч., стр. 281, 282.

городским, которые полагают, что при небрежности воля субъекта направлена не на то, на что она могла и должна была быть направлена⁷⁵. Правда, они признают, что человек может совершить неволевые действия: потерять что-либо, забыть, проспать и т. д. Авторы, однако, сами указывают на то, что с точки зрения марксистской философии результат получается от столкновений множества отдельных волей. Что значит человек потерял что-либо? Видимо, его действия были направлены на исполнение чего-то, а отсюда и на сохранение потерянной вещи. Что значит человек проспал? Видимо, он должен был явиться в назначенное время, для этого он обязан был принять все меры к тому, чтобы не опоздать, чтобы вовремя проснуться. О. С. Иоффе и М. Д. Шаргородский говорят о возложении на человека при определенных условиях ответственности за вышеуказанные деяния⁷⁶. Это верно. Но ответственность следует не за факт утраты, факт долгого сна и т. п., а за неисполнение обязательства, за отклонение от намеченных действий, за проявленную беспечность, безразличие и т. п. Это и есть «определенные условия», влекущие ответственность за деяния, которые сами по себе, конечно, не направлены на конкретную цель,— ответственность за поступки безусловно волевые. Заблуждение субъекта при небрежности является следствием невыполнения обязанности и неиспользования возможности осознания общественной вредности последствий (в этом проявлялось его пренебрежение к интересам общества)⁷⁷. Говоря о бездействии, часто встречающемся при небрежности, Г. К. Матвеев подчеркнул, что оно заключается в целеустремленном волевом движении или в целеустремленном, волевом воздержании от определенного движения⁷⁸. Советское право решительным образом отвергает взгляды некоторых буржуазных юристов, отрицающих волю и сознание при неосторожности⁷⁹.

В гражданском праве обычно не применяется деление неосторожности на самонадеянность и небрежность. Неосторожность в гражданском праве характеризуется тем, что субъект либо не допускает, либо не предвидит возможности причинения своим поведением вредного результата, хотя должен был и мог допустить или предвидеть его⁸⁰. Авторы, соглашающиеся с таким определением неосторожности, иногда приходят к выводу о его неполноте в сфере нарушения договорных обязательств. Так,

⁷⁵ См. О. С. Иоффе, и М. Д. Шаргородский. Вопросы теории права. М., Юриздат, 1961, стр. 339.

⁷⁶ См. О. С. Иоффе, М. Д. Шаргородский. Вопросы теории права, стр. 334.

⁷⁷ См. В. П. Шахматов. Цит. соч., стр. 198.

⁷⁸ См. Г. К. Матвеев. Основания гражданскоправовой ответственности, стр. 122.

⁷⁹ См. там же, стр. 270.

⁸⁰ См. «Советское гражданское право», т. I, М., 1968, стр. 493.

должник сознает и предвидит трудности на пути к исполнению, предвидит и последствия неустранения трудностей, принимает меры к устранению препятствий. Иногда приводят пример, когда все же неблагоприятные последствия произошли, но вина должника была в заведомо нереальном заключении договора и в недостаточной эффективности предпринятых мер для его исполнения. Отсюда делается вывод, что виновность должника по договору характеризуется также и недостаточно ответственным отношением субъекта к известным ему факторам⁸¹.

Здесь мы встречаемся, правда, с иным интеллектуальным моментом, на котором позволим остановиться ниже. Однако приведенные примеры не удачны. Если субъект заключил заведомо невыполнимый договор и не знал об этом — налицо порок в предвиденье последствий; если же субъект предвидел результат, но действовал недостаточно эффективно, — налицо, видимо, его легкомысленная самонадеянность, выражающаяся в недопущении наступления невозможности исполнения, необоснованная уверенность в полной эффективности собственных действий, предпринимаемых им мер. При этом нужно иметь в виду указание Г. К. Матвеева о единстве умысла и неосторожности, которые взяты вместе составляют единое понятие вины⁸².

В нашу задачу не входит полное исследование всех форм и степеней вины, мы позволили себе лишь кратко остановиться на вине как на одной из сторон психического отношения субъекта, помогающей нам ближе подойти к определению юридической категории риска⁸³. С этой точки зрения вина представляет собой целенаправленность поведения субъекта, соединенную с осознанием им противоправности действия (бездействия), а также с предвидением, в том числе с допущением или с возможностью предвидения их противоправных последствий. В определение включено понятие «допущение», требующее дополнительного анализа. Мы указываем на целенаправленность поведения субъекта, но ничего не говорим о воле, которой отводится столь много места в данном параграфе. Но дело в том, что, как было отмечено, свое объективное выражение воля находит только в действиях (бездействии) целенаправленных и только выраженная вовне она может быть предметом правой оценки⁸⁴.

⁸¹ См. «Советское гражданское право», т. I, М., 1968, стр. 493.

⁸² См. Г. К. Матвеев. Вина в советском гражданском праве, стр. 274.

⁸³ Нужно при этом всегда помнить, что с точки зрения правовой нас интересует не психологический процесс формирования воли, а ее объективное выражение (См. С. Н. Братусь. Юридические лица в советском гражданском праве. М., 1947, стр. 67). Юридическая вина является правовой, а не психологической категорией. (См. Б. С. Антимонов. Цит. работа, стр. 90).

⁸⁴ См. Б. С. Волков. Цит. соч., стр. 11.

Совершенно очевидно и на это мы уже обращали внимание, что категория «вины» не охватывает всех сторон психического процесса происходящего у субъектов правоотношения, всех аспектов их сознания, всего комплекса волевых и интеллектуальных элементов¹.

Вина, в той или иной степени, всегда связывается с предвидением либо возможностью и необходимостью предвидения субъектом противоправных последствий. Когда же предвидение исключено, встает вопрос об отсутствии вины субъекта и о наличии случая, который именуется casus.

Нужно сказать, что casus далеко не всегда рассматривался и рассматривается в таком плане. Так, например, еще в римском праве существовал взгляд, согласно которому casus определялся как вред, происшедший помимо воли должника или даже третьего лица. Причем, сюда относился вред, причиненный жарою, ветром, пылью, мышами, невменяемыми людьми и т. п. Такие факты относились к обыкновенному (преодолимому) случаю².

Русский юрист Победоносцев вообще отрицал случайные деяния в гражданском праве, полагая, что случай бывает вовсе без воли, а действие, которое исходит от лица, всегда связано с его волею. Г. Ф. Шершеневич, изложивший взгляды на этот вопрос в дореволюционном праве, полагал, что о случае можно говорить, когда лицо не только не желало последствий, но не могло и не должно было предвидеть их наступления, т. е. когда отсутствует вина³.

Большинство юристов придерживается мнения, что «случай» и «вина» это понятия, находящиеся на различных полюсах,— диаметрально противоположные категории одного и того же явления. Так, М. М. Агарков указывает, что должник не отвечает за случай, иными словами за обстоятельства, которые наступили без его вины⁴. Л. А. Лунц подчеркивает, что «случай (casus) и отсутствие вины — две стороны одного и того же явления, и там, где кончается вина, там начинается случай»⁵. Понимает

¹ П. С. Дагель считает, что правы те ученые, которые отождествляют вину с субъективной стороной преступления. (См. Проблемы вины в советском уголовном праве. «Ученые зап. Дальневосточного госуниверситета». Владивосток, 1968, стр. 261).

² См. Ю. Барои. Система римского гражданского права. Кн. IV. СПб, 1910, стр. 83.

³ См. Г. Ф. Шершеневич. Учебник русского гражданского права, Изд. П., т. 2, М., 1915, стр. 228—231.

⁴ См. М. М. Агарков. К вопросу о договорной ответственности. «Вопросы советского гражданского права». М. Изд-во АН СССР, 1945, стр. 116.

⁵ И. Б. Новицкий, Л. А. Лунц. Общее учение об обязательстве, М., 1950, стр. 356.

случай, как то, что выходит за пределы виновного и О. С. Иоффе⁶.

В то же время многие ученые, рассматривая категорию «случай», переходят границы психических процессов, происходящих в интеллектуальной сфере субъекта, включая в даваемые ими определения признак возможности предотвращения вредных последствий⁷. Так, Л. А. Лунц в приведенной выше работе называет случаем любое «обстоятельство» (факт), обусловившее такую невозможность исполнения, которую должник не мог предотвратить надлежащей мерой своей заботливости⁸. Непреодолимость зачастую исключает вину и включается в понятие случайности, но только не со стороны психического отношения субъекта к действию и его последствиям. Непреодолимость — это объективный момент, даже если она применима лишь к какому-нибудь конкретному лицу. Случай (casus), как понятие, противоположное вине, является элементом психического процесса. Правильную оценку случая, как ограничения ответственности по субъективным основаниям, дал В. А. Туманов⁹. В то же время трудно согласиться с автором, который, разделяя случай на два вида — субъективный и объективный, к последнему относит только непреодолимую силу¹⁰. Понятие «объективный случай» значительно шире. С другой стороны, нельзя согласиться и с авторами, которые, также придерживаясь подобного разделения, чрезмерно расширяют субъективный случай. О. А. Красавчиков, правда, не говорит о «случае», а упоминает о субъективно-случайном и объективно-случайном причинении вреда, но и он к субъективно-случайному причинению относит объективные моменты, хотя и связанные, как правило, с субъектом: техническое состояние источника повышенной опасности, поведение третьих лиц, состояние потерпевшего и т. п.¹¹.

Мы полагаем, что во взглядах отдельных юристов существует ошибочное представление о самих понятиях «субъективное» и «объективное». Часто, давая ту или иную квалификацию, то или иное разграничение, исходят из категории объекта и субъекта. Иногда эту концепцию модифицируют: субъективное — все то, что связано с данным субъектом, находится в его сфере,

⁶ См. О. С. Иоффе. О некоторых теоретических вопросах науки гражданского права. «Вестник ЛГУ», № 3, 1948, стр. 90.

⁷ На смешение различных понятий случая, ввиду отставания развития нашей терминологии, обратил внимание В. А. Тархов. (См. Основания ответственности по советскому праву. «Ученые труды Саратовского юридического института», вып. 3, Саратов, 1969, стр. 66.

⁸ И. Б. Новицкий, Л. А. Лунц. Цит. работа, стр. 356. О моменте невозможности устранения препятствующих факторов при случае говорится и в учебнике гражданского права, т. 1, М., 1968, стр. 494 и в некоторых других работах.

⁹ См. В. А. Туманов. «Случай» и «непреодолимая сила» в советском гражданском праве. Кандидатская диссертация, 1951, стр. 185.

¹⁰ Точку зрения автора в этом вопросе разделяют многие цивилисты.

¹¹ См. О. А. Красавчиков. Цит. работа, стр. 134.

а объективное — все то, что выходит за сферу данного субъекта, относится ко всем, к любому субъекту. Представляется, что эти позиции ошибочны. С точки зрения философской (а мы не видим основания для противопоставления в данном случае правовой точки зрения философской) под объективными понимаются факторы, которые не зависят от воли и желания людей¹². Марксистско-ленинская философия твердо придерживается позиции, что, подобно тому как нельзя отождествлять во всех отношениях объективное объекту, так и нельзя субъективное отождествлять с носителем этого субъективного — субъектом¹³. Объективное — это то, что существует независимо от нас, а субъективное все то, что от нас зависит¹⁴. Но понятие субъективного лишь частично совпадает с понятием сознания, проявляясь и в человеческих действиях. В то же время, с точки зрения марксистско-ленинской философии внутренней стороной объективного является независимость его от воли, от намерений и желаний¹⁵. В. И. Ленин указывал, что законы логики «суть обращения объективного в субъективном сознании человека»¹⁶. При этом нужно иметь в виду, что в логическом смысле объективность означает истинное отражение объекта и познание его именно состоит в очищении от примеси субъективного¹⁷. Но даже и в этом смысле совершенно очевидна связь субъективного с человеческим интеллектом.

Г. К. Матвеев указывает, что государство исходит из всех способов возмещения вреда, решая вопрос о последствиях казуса и случая¹⁸. Таким образом, он различает «казус» как отсутствие вины и «случай». Такое разделение совершенно оправданно. Нужно говорить об объективном случае и о случае субъективном, который зависит от субъекта, от его воли и сознания¹⁹. И в этом смысле прав О. С. Иоффе, полагавший, что обстоятельства должны рассматриваться как случайные в зависимости от

¹² См. Философская энциклопедия, т. 4, М., 1967, стр. 125.

¹³ См. К. Маркс. К критике гегелевской философии права. К. Маркс и Ф. Энгельс. Сочинения, т. I, 1955, стр. 244.

¹⁴ См. К. Маркс и Ф. Энгельс. Из ранних произведений. М., 1956, стр. 78. См. также Н. М. Дмитриенко. О категориях объективного и субъективного. «Вестник ЛГУ», № 23, 1958, стр. 43. В этом смысле верны взгляды на действия экономических законов: они действуют объективно, но решения, связанные с использованием этих законов, применяются человеком и поэтому не свободны от элементов субъективизма. (См. О. Козлова. Некоторые вопросы теории управления производством. «Вопросы экономики», № 1, 1968, стр. 9).

¹⁵ См. К. Маркс и Ф. Энгельс. Из ранних произведений. М., 1956, стр. 44.

¹⁶ В. И. Ленин. Конспект книги Гегеля «Наука логики». Полн. собр. соч., т. 29, стр. 164.

¹⁷ См. там же, стр. 167. В данном случае соответствие понятия объекту означает, что оно не субъективно, наоборот, несоответствие понятия реальности означает его субъективность. (См. там же, стр. 176).

¹⁸ См. Г. К. Матвеев. Вина в советском гражданском праве, стр. 19.

¹⁹ Отождествляет казус только с субъективным случаем и П. С. Давель. (См. цит. соч., стр. 173).

субъективного отношения к ним причинителя²⁰. Автор справедливо отмечает, что непредотвратимость не является квалифицирующим признаком случая, ибо если субъект знал, что не сможет ничего предотвратить, но принял на себя обязательство, он обязан будет отвечать. И это совершенно верно для субъективного случая, который характеризует лишь незнание, непредвидение. Вполне определенен в понимании случая П. С. Дагель, который невиновное причинение называет именно субъективным случаем²¹.

Г. К. Матвеев полагает, что вина и казус находятся в одном ряду объективно необходимой связи, причем причинитель при казусе не предвидит и не должен предвидеть вредные последствия²². Автор совершенно верно говорит, что казус является именно субъективным случаем и всегда противопоставляется вине как ее антипод²³. Он также различает безвиновное причинение (казус) от причинения случайного²⁴. И все-таки Г. К. Матвеев, не отождествляя казус и случай, верно указывая о недопустимости смешения субъективного с объективным, в понятие казуса вводит объективную категорию непреодолимости, повторяя ошибку многих других юристов. В своей новой интересной работе, посвященной гражданско-правовой ответственности, автор приводит в качестве иллюстрации неправильного определения причинной связи пример из работы Т. В. Церетели с шофером Ладновым, указывая, что в этом случае имел место казус, так как шофер предотвратить аварию не мог. А вот литературный пример о Катюше Масловой очень удачен (думала, что дает снотворное)²⁵. Вывод Г. К. Матвеева о том, что вина и казус это понятия противоположные по субъективному признаку непредотвратимости вреда, представляется в связи с этим не совсем верным.

Интересно, что в 20-х годах бытовала точка зрения на случай как на категорию только объективную. Такое упрощение вопроса недопустимо. Ныне многие юристы подчеркивают психические моменты в определении казуса: состояние психики, при котором субъект не предвидел последствия своих действий и не должен был их предвидеть (А. Герцензон)²⁶, отношение лица к своим действиям и их последствиям, при котором оно не должно или не могло предвидеть наступление противоправных последствий (Б. Утевский)²⁷ и др. А. А. Пионтковский также по существу отделяет объективно-случайные последствия от субъектив-

²⁰ О. С. Иоффе. Цит. статья, стр. 92.

²¹ См. П. С. Дагель. Цит. статья, стр. 82.

²² См. Г. К. Матвеев. Вина в советском гражданском праве, стр. 94.

²³ См. там же, стр. 120.

²⁴ См. Г. К. Матвеев. Основания гражданско-правовой ответственности. М., Госюриздат, 1970, стр. 17.

²⁵ См. там же, стр. 109, 110, 113.

²⁶ См. А. Герцензон. Уголовное право. Общая часть, 1948, стр. 340.

²⁷ См. Б. С. Утевский. Цит. соч., стр. 316.

ного случая²⁸. Автор правильно критикует взгляды на случайность как на чисто субъективную категорию²⁹. В то же время он в некоторых своих формулировках «случая» соединяет момент предвидения и момент предотвращения, т. е. элементы практически несоединимые, хотя автор и указывает, что при наличии объективно-случайных последствий бессмысленно говорить о предвидении, поскольку последствия не подлежат вменению субъекту³⁰. Но этот вполне логичный довод не дает еще права отождествлять субъективные и объективные категории. К тому же А. А. Пионтковский несколько выше указывает, что субъективная категория далеко не всегда связана с объективной и иногда необходимые последствия деяния в объективном отношении не дают оснований для уголовной ответственности, ибо лицо не предвидело этих последствий, не могло и не должно было по обстоятельствам дела их предвидеть³¹.

И. П. Либба также подчеркивал, что поскольку вина является чисто внутренним состоянием человека, то и случай, как понятие противоположное вине, должен быть определен по таким признакам, которые касаются воли и состояния человека. Но в противоречие самому себе он далее указывает, что случай — это событие, которое данным лицом не могло быть предотвращено³².

Психический момент предвидения иногда относится только к последствиям противоправных действий, но это всего лишь одна сторона, а разве менее важным является момент осознания противоправности самих действий? При казусе субъект мог даже предвидеть результат, но он не осознавал (не знал, не понимал), не мог и не должен был осознавать, что совершает противоправное действие. В качестве примера можно сослаться на так называемую преступную самонадеянность и на аналогичные факты неосторожного причинения имущественного вреда. Иногда уверенность лица в абсолютной правильности и правомерности его действий, направленных к недопущению предвиденного им вредного результата, при определенных обстоятельствах, дает основание признать его невиновность (ошибка в отношении опасности и допустимости действий при необходимой обороне и т. д.). Не нужно при всем этом забывать, что момент случайного непредвидения и неосознания связан при субъективном случае только с действием (бездействием) субъекта.

²⁸ См. А. А. Пионтковский. Цит. соч., стр. 216, 238, 239.

²⁹ См. там же, стр. 196, 394, 395.

³⁰ См. там же, стр. 395.

³¹ См. там же, стр. 240.

³² См. И. В. Либба. Ответственность железных дорог за целостность груза и срочность доставки. М., «Транспечать», 1924, стр. 20. Подобные взгляды встречаются в правовой литературе. Иногда момент осознания для определения вины отодвигается на задний план, уступая место невозможности принятия мер. (См. Советское гражданское право Казахской ССР. Учебное пособие, вып. IV, Алма-Ата, 1971, стр. 144).

Итак, субъективный случай это тоже один из аспектов психического процесса, происходящего в сознании субъекта и связанного с его волевыми действиями; это особая форма психического отношения лица к своим действиям (бездействию) и их последствиям вызванная неправильным представлением о них,³³ когда лицо по обстоятельствам дела не могло представлять себе этого иначе.

Отрицательную позицию к точке зрения В. Ф. Кириченко занял А. А. Пионтковский, утверждающий, что при отсутствии вины субъекта нет вообще никакой психической связи между действием лица и наступившим результатом. По его мнению, случай характеризуется не психическим отношением лица к последствиям в какой-то особой форме, а наоборот, отсутствием психического отношения³⁴. Бесспорно, что между действием и результатом нет и не может быть психической связи, которая заключается лишь в оценке субъекта, которая может проявляться как в положительной форме (предвидение, осознание), так и в отрицательной (непредвидение, неосознание).

Д. И. Бернштейн, не соглашаясь с мнением А. А. Пионтковского, рассматривает этот вопрос с двух сторон. Он считает, что при случайности, как и при неосторожности, где также нет предвидения, психическое отношение к результату имеет место, ибо всегда можно определить отношение воли, разума человека к совершенному им поступку и его результату³⁵.

С точки зрения психологической, утверждает И. С. Самощенко, и субъективно-случайное поведение является сознательным и волевым актом поведения, иначе это простое телодвижение³⁶.

Таким образом, субъективный случай, как понятие, противопоставляемое вине, можно определить, как психическое отношение субъекта к своим действиям (бездействию) и их результатам, выражающееся в неосознании и в невозможности осознания противоправности этих действий (бездействия), либо в непредвидении и в невозможности предвидения их противоправных последствий.

Совершенно очевидно, что отсутствие вины идентично субъективному случаю, потому что мы понимаем и то и другое только как психическое отношение субъекта к действиям и их последствиям. Это, повторяем, сознательный, волевой процесс,

³³ См. В. Ф. Кириченко. Значение ошибки по советскому уголовному праву. М., Изд-во АН СССР, 1952, стр. 78.

³⁴ См. А. А. Пионтковский. Указ. работа, стр. 394.

³⁵ См. Д. И. Бернштейн. Понятие ответственности за нарушение социалистических правовых норм и вина как неперемное условие ответственности. Ташк., 1964, канд. диссерт., стр. 147, 148.

³⁶ См. И. С. Самощенко. Понятие правонарушения по советскому законодательству. М., 1963, стр. 148.

только при «случае» мы сталкиваемся с пороком в сознании. Если же противоправность действий может быть осознана и последствия их могут быть предвидены, но оказываются непредотвратимыми — налицо объективный случай, не относящийся к психике субъекта. Безусловно, в одно и то же время, как правило, бывает и субъективный, и объективный случай, ибо что нельзя предвидеть, то обычно нельзя и предотвратить. О. С. Иоффе отмечает, что случай характеризуется субъективной его непредотвратимостью, ибо если бы нарушитель знал о последствиях, он мог бы их предотвратить³⁷.

П. Г. Семенов указывает, что «осведомленность о чем-то есть, конечно, субъективный фактор, но «что-то» это объективный момент»³⁸. О том, что действия человека всегда являются единством объективной и субъективной стороны, говорил и А. А. Пионтковский³⁹.

* * *

Этим, однако, не ограничивается все многообразие психических процессов, психического отношения субъекта к своему действию и результату этого действия. Одним из видов такого психического отношения является риск. Обычно мы имеем в виду отношение к фактически предвиденным (могущим быть предвиденными) или совершенно непредвиденным последствиям. Но в нашей многогранной жизни мы встречаемся и с совершенно иными «комбинациями». В частности, могут быть такие последствия, которые только допускаются субъектом с большей или меньшей степенью вероятности и неизбежность их не должна и не может быть предвидена. В этом смысле и можно говорить о предвидении случайности⁴⁰. Многие мыслители рассматривали вероятность главным образом в аспекте логическом, понимая под ней степень уверенности в наступлении события⁴¹. Именно так (меняющаяся степень уверенности субъекта) она понимается и в обыденной жизни⁴². Это слово имеет различные значения, начиная от субъективной веры в какое-либо событие и кончая объективной характеристикой посредством установления частоты его появления.

³⁷ Советское гражданское право. Учебник, т. 1, Изд-во ЛГУ, 1971, стр. 439.

³⁸ П. Г. Семенов. Проблема причинной связи в советском праве. Учен. записки ВИЮН, вып. 8, 1958, стр. 263.

³⁹ См. А. А. Пионтковский. Цит. работа, стр. 239.

⁴⁰ См. А. Е. Фурман. Материалистическая диалектика. Изд-во МГУ, 1969, стр. 118.

⁴¹ См. Д. И. Корюкин. Вероятность как философская категория и ее применение в естествознании. Автореферат канд. диссерт. Свердловск, 1964, стр. 5.

⁴² См. Ю. Нейман. Вводный курс теории вероятностей и математической статистики. М., «Наука», 1968, стр. 36. Словарь русского языка АН СССР (т. I, стр. 189) определяет вероятность как объективную возможность осуществления чего-либо, как степень осуществимости.

Кроме логической концепции вероятности, необходимо назвать классическую и статистическую ее интерпретации. Впервые мы встречаемся с научным анализом вероятности у Я. Бернулли и П. С. Лапласа; последний на основе симметрии событий определял ее как отношение числа случаев, благоприятствующих ожидаемому событию, к числу всех равновероятных и несовместимых случаев («Опыт философии теории вероятностей»). Эта классическая концепция выросла также из анализа азартных игр и простейших страховых ситуаций. Однако в большинстве случаев нет редукции сложных событий к симметричным, поэтому статистическая интерпретация вероятности основывается на длительных наблюдениях, на опыте и закономерности⁴³. Она трактуется как численная характеристика меры возможности события и находит свое выражение через частоту⁴⁴. Понятие математической вероятности заключается в том, что массовые явления действительности проявляют закономерную природу поведения, что выражается в устойчивости частоты⁴⁵. Та логическая концепция вероятности, о которой сказано выше, выражает определенное логическое отношение между высказываниями или суждениями; она существует между гипотезой и точно установленными данными, переходя в достоверность⁴⁶. С точки зрения марксистско-ленинской философии вероятность теснейшим образом связана с такими категориями, как возможность, необходимость и действительность. Вероятность это мера основания, известная степень возможности⁴⁷. Вероятность — это степень необходимого в возможном. Так именно рассматривал это понятие В. И. Ленин⁴⁸.

Т. В. Церетели рассматривает этот вопрос с точки зрения количественной стороны возможности, которая и находит выражение в понятии вероятности: максимум граничит с переходом в действительность, минимум находится на грани практической невозможности такого превращения⁴⁹. Количественная сторона возможности и есть ее вероятность⁵⁰. Вероятной является возможность той или иной случайности, при которой варьируют случайности⁵¹. Случайность не всегда переходит из потенциаль-

⁴³ См. Г. И. Рузавин. Логическая вероятность и индуктивные выводы. «Вопросы философии», № 4, 1967, стр. 109.

⁴⁴ См. Б. В. Гнеденко. Курс теории вероятностей, М., 1961, стр. 45; А. Н. Колмогоров. Вероятность, БСЭ, 2 изд., стр. 508.

⁴⁵ См. Г. А. Геворкян. Вероятное и достоверное знание. Ереван, 1965, стр. 54.

⁴⁶ См. Г. И. Рузавян. Цит. статья, стр. 110.

⁴⁷ См. В. А. Сидоркин. Категории материалистической диалектики. М., Госполитиздат, 1957, стр. 256.

⁴⁸ В. И. Ленин. Полн. собр. соч., т. 9., стр. 380—381.

⁴⁹ См. Т. В. Церетели. Деликты создания опасности, «Советское государство и право», 1970, № 8, стр. 59.

⁵⁰ См. Л. В. Смирнов. Категория вероятности, «Вопросы философии», 1958, № 12, стр. 82.

⁵¹ А. Е. Фурман. Цит. соч., стр. 119.

ного в актуальное, именно вероятность и является мерой исчисления возможности наступления случайностей в повторяющихся событиях. Возможность наступления события с количественной стороны и характеризует вероятность⁵².

Специально занимался вопросами случая и вероятности известный буржуазный ученый Эмиль Борель (Emile Borel). Он полагал, что вероятность это прерывное количество возможных случаев⁵³, исчисление вероятностей есть изучение законов случая, хотя случай ставится вне правил, вне закона. По мнению Бореля, вероятность будет равна отношению числа благоприятных случаев — к полному числу всяких случаев. Он восклицает: «Каковы бы ни были успехи человеческих знаний, всегда остается место для неведения и, следовательно, для случая и вероятности»⁵⁴. Вероятность может быть очень малой, весьма абстрактной, отдаленной. Находясь на субъективистских позициях во взглядах на вероятность, Э. Борель в другой своей работе подчеркивает именно этот ее характер, ссылаясь на известное «чудо Джинса», который утверждал, что превращение воды в лед в сосуде, помещенном в нагретую печь,— это не невозможное явление, а лишь в высшей степени невероятное. В согласии со здравым смыслом можно заявить, что это чудо не произойдет, хотя это и недостоверный аргумент, ибо именно здравый смысл, как писал Поль Валери, отрицал движение Земли вокруг Солнца⁵⁵. Всегда необходимо иметь в виду именно реальную, а не абстрактную вероятность. Не все, что возможно — возможно, иначе это будет чисто абстрактная возможность⁵⁶.

В понятии вероятности выражается степень необходимости, заключенная «в могущем произойти (но могущем и не произойти и поэтому случайном) событии, «...вероятность есть объективная количественная характеристика объективно существующей возможности»⁵⁷. Марксистско-ленинское понимание вероятности диаметрально противоположно субъективистскому пониманию этой категории как оценки какого-либо события, как степени убежденности человека в своей вере, как степени правдоподобия.

Рассмотрение вероятности не как объективно существующей возможности присуще релятивизму и идеализму⁵⁸. Субъективистские истолкования вероятности сводятся к тому, что вероят-

⁵² См. А. А. Чунеева. Категории материалистической диалектики. Л., 1965, стр. 93. См. также Б. В. Гнеденко. Цит. соч., стр. 16.

⁵³ См. Э. Борель. Случай. М.—П., Госиздат, 1923, стр. 39.

⁵⁴ См. там же, стр. 8, 9.

⁵⁵ См. Emile Borel. Probabilité et certitude. Paris, 1956 — в нашем издании — Вероятность и достоверность. М., «Наука», 1969, стр. 49.

⁵⁶ См. К. Маркс и Ф. Энгельс. Из ранних произведений. М., 1956, стр. 37.

⁵⁷ См. В. И. Корюкин, М. Н. Руткевич. Вероятность. Сб. «Некоторые категории диалектики». Росвузиздат, 1963, стр. 72.

⁵⁸ См. там же, стр. 77.

ность ограничивается человеческим мышлением, она якобы является «некоторой чистой, мыслительной формой упорядочения материала опыта», абстрактной величиной. Материалистическое понимание категории вероятности, в частности математической, подчеркивает ее объективное содержание⁵⁹. В то же время многие авторы признают онтологическое значение и гносеологическое понятие вероятности в логике, означающую осознанную, оцененную нами степень соответствия нашего знания реальности; это вероятность в суждениях⁶⁰. Ее считают одним из способов познания случайных явлений природы и общества⁶¹. Под вероятностью данного события понимают оценку возможности его появления⁶². Но и эта вероятность является объективной и не в коей мере не выражает только субъективную уверенность познающего человека. Не верно считать, что поскольку речь идет об отношениях между суждениями, то вероятность субъективна, ибо вероятно это суждение не потому, что мы именно так полагаем, а потому, что наше суждение строится на фактах, на знании, поэтому вопрос о вероятности фиксируется объективно. Решающим критерием нашего объективного знания является практика⁶³. В таком понимании этой категории необходимо выделить логическую сторону, которая не зависит от воли и оценок рассуждающего субъекта, она не является чистой субъективностью. Эту логическую сторону называют объективной характеристикой вероятности. В понимание вероятности включаются и субъективные моменты, и в указанном смысле ее понимают как неполную обоснованность утверждения или неполную определенную уверенность в правоте утверждения⁶⁴. В этом смысле вероятность и ее численное значение привлекаются для того, чтобы служить основанием для разумных ожиданий будущих явлений, ни в коей мере не сводя все содержание этого понятия к определению этих ожиданий, а лишь перенося в рассуждениях численное значение вероятности события на оценку степени правдоподобия суждения о данном событии. При этом следует вновь подчеркнуть, что согласно материалистической трактовке вероятности и ее численного значения они имеют объективное содержание, отражая закономерности явлений, выражающиеся в устойчивости частот⁶⁵.

Я. М. Магазинер указывает, что все степени вероятности находятся между необходимостью (100%) и случаем (0%). Иначе, случай — это минимальная вероятность события. Все

⁵⁹ См. Г. А. Геворкян. Цит. соч., стр. 63.

⁶⁰ См. В. И. Корюкин, М. Н. Руткевич. Цит. работа, стр. 84.

⁶¹ См. Г. А. Геворкян. Цит. соч., стр. 43, 44.

⁶² См. Г. И. Рузавин. Цит. статья, стр. 112.

⁶³ См. С. В. Курылев. О достоверности и вероятности в правосудии. «Правоведение», № 1, 1968, стр. 67.

⁶⁴ См. Г. А. Геворкян. Цит. соч., стр. 107—109.

⁶⁵ См. там же, стр. 123, 124.

возможные шансы вреда от данного действия и есть риски. При случайности практически степень вероятности наступления события чрезвычайно мала, при неосторожной вине вероятность достаточно велика⁶⁶. Подобная постановка вопроса вряд ли приемлема. Казус и вина относятся только к действиям субъекта и к последствиям этих действий, риск же далеко не всегда связан с поведением субъекта, хотя любой объективный случай в определенной мере с действиями субъекта корреспондируется. Нельзя также смешивать объективные и субъективные понятия, как нельзя делать вывод о том, что достоверное или недостоверное хоть в какой-то мере может быть вероятным⁶⁷. Действительно, если можно погасить костер при ветре, пожар уже не случайность, а поднявшийся ветер сделал пожар достаточно вероятным. С точки зрения объективной реальности случай действительно минимально вероятное событие, с которым можно было и не считаться⁶⁸.

С точки зрения психической оценки действий и их последствий — возможность, вероятность (конечно, реальная, а не абстрактная) не укладываются в рамки случая (субъективного), как не всегда укладываются они и в рамки вины. Неверно смешивать «субъективное» и «объективное», нельзя делать вывод о том, что именно предотвратимость вреда превращает вред от случая во вред от неосторожности.⁶⁹ На практике приходится пренебрегать небольшими вероятностями, но есть вероятности не только практически пренебрежимые, но и абсолютно пренебрежимые. Мы пренебрегаем тем, что кассир скоростпостижно скончается, не выдав нам деньги, пренебрегаем этим и в отношении шофера, которому доверяем свою жизнь. Хотя в таких случаях мы действуем с полной уверенностью, но мы все же знаем, что ее у нас нет. Если мы поразмыслим, то признаем, что подвергаемся риску обмануться. Дело не изменится, если мы добавим, что этот риск мы считаем настолько малым, что не только разумно на него пойти, но и решение отказаться от него, чтобы подвергаться риску при подобной малой вероятности, было бы абсурдным, потому что практически сделало бы невозможным наше повседневное существование⁷⁰. Возможный результат, вероятные последствия — это объективная реальность. Вероятность существует независимо от сознания человека, объективно. Иной подход к этому вопросу будет идеалистическим.

Буржуазный физиолог махистских взглядов Криз в конце прошлого века опубликовал работы «О понятии объективной

⁶⁶ См. Я. М. Магазинер. Советское хозяйственное право. Л., 1928, стр. 361.

⁶⁷ См. Л. В. Смирнов. Цит. статья, стр. 82.

⁶⁸ В. И. Ленин указывал, что «случайного никому не дано знать наперед». («По поводу заявления Бунда»). Полн. собр. соч., т. 7, стр. 98.

⁶⁹ См. Я. М. Магазинер. Цит. работа, стр. 363.

⁷⁰ См. Эмиль Борель. Вероятность и достоверность, стр. 90.

возможности и ее некоторых применениях» и «О принципах исчисления вероятности». По мнению Криза, вероятность носит субъективный характер и означает, что кто-то не знает, наступит или нет определенное событие, т. е. неизвестность всех условий его наступления. Там, где все известно, нужно говорить не о вероятности, а о неизбежности. С другой стороны, Криз говорит и об объективной возможности, но понимает ее опять-таки субъективистски, как общеизвестность вероятного наступления результата⁷¹. Позиция махистов, в частности Авенариуса, рассматривавшего необходимость «как степень вероятности ожидания следствий», была подвергнута критике со стороны В. И. Ленина⁷². Неверно отождествлял возможность со случайностью Р. Навешапп, считавший, что она может быть и может не быть, и полагавший, что деятельность людей основывается не на необходимости, а на случайности, на вероятности, выражающей ту или иную степень возможности наступления конкретного случайного явления⁷³. В то же время осознание, предвидение не очевидного, а предполагаемого, возможного результата является категорией субъективной, связанной с интеллектуальной деятельностью субъекта. Подобное предвидение возможного, вероятного результата выражается в допущении его. Допущение, проходящее через человеческое сознание, становится сознательным допущением. Лицо вполне сознает возможные, вероятные последствия и допускает их при совершении тех или иных действий (бездействия), но оно не останавливается, не пытается освободить себя от этих предполагаемых и допускаемых последствий. Значит, оно совершает целенаправленное, волевое действие.

Может ли это волевое действие, выражающееся в психическом отношении субъекта к возможному результату (иными словами — допущение этого результата с точки зрения осознания и предвидения), отождествляться с субъективным случаем и виной? Субъективный случай всегда исключает всякое предвидение и даже всякую возможность такого предвидения. Допущение как психический момент, — это предвидение, хотя и не безусловное и далеко не абсолютное. Вина, как правило, предполагает несомненное предвидение последствий, либо возможность такого предвидения⁷⁴. Допущение же оставляет определенный процент сомнения, имея в виду лишь некоторую вероятность, но не абсолютную необходимость вредных последствий. Предвидение вероятности события, это гипотетическое предположение о том, что

⁷¹ См. А. А. Пионтковский. Цит. соч., стр. 205, 206.

⁷² В. И. Ленин. Материализм и эмпириокритицизм. Полн. собр. соч., т. 18, стр. 162, 163.

⁷³ См. А. П. Шептулин. Система категорий диалектики. М., «Наука», 1967, стр. 244, 246.

⁷⁴ Выше нами уже была высказана мысль, что даже при эвентуальном умысле субъект должен был и мог осознавать неизбежность последствий.

может случиться, а может и не случиться⁷⁵. Но если очевидно, что субъективный случай, при котором не могут быть предвидены последствия и допустимость их находятся в совершенно разных плоскостях, то этого нельзя сказать о вине. Только лишь одна допустимость результата не может быть противопоставлена этой категории. Ведь с точки зрения оценки поведения субъекта не так уж важно, предвидел ли он результат или лишь допускал его возможность. Не случайно, поэтому, иногда риск упоминается рядом с виной, когда человек сознательно допускает какие-либо последствия, предпринимая по своей воле определенные действия. Так, R. Saleilles говорит: «Быть виновным это не значит быть виновным в своей воле, а означает только предпринять добровольно, по своей личной инициативе действие, которое могло создать риск»⁷⁶. Говоря о преступной самонадеянности, Б. С. Утевский считает, что виновный в этом случае проявляет легкомысленную готовность рискнуть чужими интересами, «обнаруживает недопустимую готовность р и с к а...»⁷⁷. О. С. Иоффе в одной из своих статей указывает, что «виновность допустившего просрочку должника как бы обнимает собою возникшие впоследствии случайности, риск наступления которых справедливо переносится законом на виновную сторону»⁷⁸. Связывает эвентуальный умысел с риском и В. Г. Макашвили, утверждая, что виновный готов сознательно пойти на риск и принести в жертву побочные для него интересы для достижения поставленной им цели⁷⁹. Автор подчеркивает, что субъект учитывает возможность наступления вреда, но предпочитает рискнуть, чем воздержаться от совершения поступка, что он вполне учитывает возможность последствий и допускает их наступление⁸⁰. Иногда и в арбитражной практике упоминается риск при наличии вины одного из субъектов. В решении по иску Камышинского лакокрасочного завода «Победа» к одному из предприятий г. Владимира о 16.613 рублях Государственный арбитраж при Совете Министров СССР указал, что истец произвел поставку досрочно, несмотря на снятие плана, чем принял риск на себя за последствия⁸¹.

Упоминается, как видим, связь риска с виной и в форме преступной самонадеянности. М. С. Гринберг именно в определении преступной самонадеянности как недопустимого и неоправдан-

⁷⁵ См. И. С. Самощенко. К вопросу о причинности в области юридической ответственности. «Вопросы общей теории советского права», М., 1960, стр. 253.

⁷⁶ R. Saleilles. Les accidents de travail et la responsabilite, 1897, р. 58—59.

⁷⁷ Б. С. Утевский. Вина в советском уголовном праве, стр. 263.

⁷⁸ О. С. Иоффе. Вина как условие ответственности за нарушение обязательства. «Советская юстиция», 1965, № 5, стр. 25.

⁷⁹ См. В. Г. Макашвили. Цит. статья, стр. 109.

⁸⁰ См. там же, стр. 110.

⁸¹ См. решение по делу № 6/33 от 22 января 1968 года.

ного риска видит исходное положение для разграничения ее от оправданного производственного риска⁸². Не исправляет ошибочность такой позиции и признание только формального сходства между этими понятиями. Дело в том, что они находятся в различных субъективных плоскостях. Преступная самонадеянность — это одна из форм вины, именно от того, что субъект допускает легкомысленную уверенность в несовершении им противоправного поступка и в ненаступлении противоправного результата. Никакого риска здесь нет. При оправданном производственном риске отсутствует противоправность действий, а следовательно, и результата, и имеет место только допущение отрицательных последствий при совершении правомерного поступка. Н. С. Маленин, подчеркивает, что риск исключает вину, однако затем отступает от этого вывода, полагая, что грубая небрежность представляет собой неоправданный, необоснованный риск⁸³. По вышеуказанным соображениям с этим согласиться нельзя — необоснованная уверенность и вероятность — категории нетождественные.

Совершенно очевидно, что для понимания риска как вида психического отношения субъекта к происходящему и к его последствиям, отличного от вины, явно недостаточно одно лишь «допущение». Говорить о риске в этом смысле можно лишь тогда, когда нет предвиденных противоправных действий (последствий их), ибо в противном случае несомненно наличие вины. Но нет никаких оснований для полного противопоставления риска вине и в определенном смысле вполне оправданно говорить о виновном риске, имея в виду соединение двух видов психического (интеллектуального) отношения субъекта к своему поведению и результату этого поведения. При таком риске вина субъекта проявляется своеобразно — где-то на грани между небрежностью, косвенным умыслом и самонадеянностью. Субъект, заинтересованный в благополучном результате, предполагает и отрицательный результат, альтернативную возможность его возникновения, но он полагает, что этот результат не произойдет. Субъект действует «на авось», отнюдь не убежденный, что исход будет благополучным. Отсутствие этой убежденности и не дает оснований признать наличие в подобных случаях самонадеянности. Уверенность в исходе исключает риск. Небрежность исключает знание результата вообще, хотя не исключает возможность и необходимость такого знания. Косвенный умысел предполагает знание отрицательного результата, безразличие к нему, хотя и не исключает возможность допущения и положительного исхода. При виновном риске мы встречаемся с

⁸² См. М. С. Гринберг. Цит. соч., стр. 119.

⁸³ См. Н. С. Маленин. Вина — необходимое условие имущественной ответственности. «Советское государство и право», № 2, 1971, стр. 33.

совершенно самостоятельным видом вины в виде альтернативного допущения как положительного (желаемого), так и отрицательного (нежелаемого) результата противоправного поведения.

Как было отмечено, не все юристы подобным образом разграничивают эти виды вины, именно поэтому риск «блуждает» по ним в качестве их дополнительной характеристики. Б. С. Утевский указывает на осознание неизбежности результата при косвенном умысле и лишь возможности его при самонадеянности⁸⁴. В. Г. Макашвили считает, что при косвенном умысле имеет место предвидение «конкретной возможности» вредного последствия, а при самонадеянности «осознание абстрактной опасности»⁸⁵. Это встретило возражение среди других ученых-криминалистов. Так, А. Н. Трайнин заявляет, что сам термин «эventуальный» означает допущение как отрицательного, так и положительного результата при отсутствии желания у субъекта в наступлении первого⁸⁶.

Таким образом, и косвенный умысел, и самонадеянность связываются многими учеными лишь с предвидением возможности отрицательного результата, и различие рассматривается в осознании *in abstracto* или *in concreto*. Прав М. С. Гринберг, отрицая такой критерий, так как абстрактная возможность с точки зрения марксистского учения никогда не может превратиться непосредственно в действительность⁸⁷. Он считает, что самонадеянность связана с легкомысленной надеждой на то, что неблагоприятный результат не случится. Разграничение этого вида вины от косвенного умысла автор видит в том, на что рассчитывает субъект: на собственные действия (самонадеянность) и на случай (косвенный умысел)⁸⁸. Но при такой трактовке получается, что эти два вида различных форм вины отличаются друг от друга по какому-то фрагменту психического отношения, ибо отношение к результату совпадает (допущение отрицательного), к основным своим действиям отношение также совпадает (совершаются они сознательно) и лишь к части своего поведения (принятие мер к недопущению результата) субъекты

⁸⁴ См. Б. С. Утевский. Цит. соч., стр. 296. П. С. Дагель критикует взгляды тех ученых, которые вообще отрицают предвидение неизбежности при косвенном умысле. (Цит. соч., стр. 91 и далее).

⁸⁵ См. В. Г. Макашвили. Уголовная ответственность за неосторожность. М., 1957, стр. 21.

⁸⁶ См. А. Н. Трайнин. Общее учение о составе преступления. М., 1957, стр. 200, 201. См. А. А. Пионтковский. Курс советского уголовного права, т. 2, М., «Наука», 1970, стр. 292, 303. Автор (стр. 307) считает, что осознание неизбежности, а не допущение последствий — характеристика прямого умысла. Однако приводимый им пример на стр. 304 говорит как раз о том, что при косвенном умысле преступник фактически осознает неизбежность последствий.

⁸⁷ См. М. С. Гринберг. Проблема производственного риска в уголовном праве, стр. 115.

⁸⁸ См. там же, стр. 118, 119.

имеют различное отношение. Такой критерий вряд ли достаточен⁸⁹.

Концепции, конструирующие и косвенный умысел и самонадеянность на допущении, а не на осознании и абсолютной или почти полной убежденности (при косвенном умысле, как уже было отмечено, возможно допущение и положительного результата при полном безразличии к нему), чрезмерно расширяют как эти виды вины, так и категорию риска. В то же время они не видят своеобразный вид умышленной вины, сопряженной с риском. Именно поэтому мы вводим слово «допущение» в приведенное выше определение вины. Только в этом смысле можно соединять понятия «риск» и «вина». В большинстве же случаев мы говорим о риске при отсутствии вины — при правомерном поведении, объективном случае и т. п. обстоятельствах. Итак, можно определить риск (*periculum*) — субъективную категорию, которая существует параллельно с виной, но может существовать и совместно с ней, как психическое отношение субъектов к результату собственных действий или действий других лиц, а также к результату объективно-случайных либо случайно-невозможных действий (событий), выражающееся в осознанном допущении отрицательных, в том числе невозместимых имущественных последствий.

В правовой и житейской терминологии употребляется наряду с «риском» понятие «рисковать». Рисковать — это значит допускать несение (принятие) невыгодных последствий от возможного результата правомерных либо объективно-случайных либо объективно-невозможных действий или событий. Отсюда и употребляемый в гражданском праве термин «нести риск». Нести риск — это по существу означает рисковать. Так, при случайной гибели вещи обычно рискует собственник. Однако, как мы указали выше и как показано в приведенных формулировках, такое выражение («нести риск») является явно неудачным, так как «нести психическое отношение» нельзя. Но нужно иметь в виду, что само понятие «риск» мы воспринимаем безусловно шире, так же, как и понятие «вина». Конечно, «риск» — это в определенной степени и угроза, и опасность невыгодных последствий. Но можно ли считать это правильным? Представляется, нет. Угроза, опасность — это объективные категории, реально существующие вне всякого сознания человека, причем суще-

⁸⁹ В другой своей работе М. С. Гринберг считает главным признаком самонадеянности «риск результатом», видя ее отличие от косвенного умысла в степени оценки вероятности наступления результата. (См. Понятие преступной самонадеянности. «Правоведение», 1962, № 2, стр. 101—103). Такая субъективистская оценка ничем по существу не отличается от оспариваемого им же критерия.

ствующие и независимо от его воли. Стоящий без громоотвода дом опасен с точки зрения возможного пожара, но только при покупке или заселении его субъектом можно говорить о том, что последний чем-то рискует, причем, опасность возникновения пожара от случайного обстоятельства, опасность несения отрицательных последствий он должен допускать и осознавать.

Опасность — это не риск, она существует сама по себе и до определенного момента не связана с риском. Опасность можно определить как возможность наступления вредных последствий, угроза их наступления. В свою очередь, угрозу определяют как возможную опасность вредных последствий⁹⁰. Таким образом, опасность и угроза — это тождественные понятия, определяемые как возможность, иными словами, вероятность наступления невыгодных последствий (вредного результата), превращения этой возможности в действительность. Совершенно очевидно, что и опасность, и угроза, которые отдельные авторы называют риском, таковым не являются, и знака равенства между ними ставить нельзя⁹¹. Не являются риском также понятия вероятности и возможности, охарактеризованные нами выше. Совсем парадоксально звучит отождествление с риском самого события или признание риском фактическое обременение невыгодными последствиями. Обременение предусматривает какую-либо затруднительность, неудобства, что не раскрывает понятие «риска»⁹².

Никак нельзя согласиться с отождествлением риска со средними потерями в результате ошибки, как это делает Л. А. Растрин. Автор указывает, что нужно, остерегаясь ошибок, помнить о риске, который образуется из двух факторов — стоимости ошибки и ее вероятности, поэтому принимая решение в случайной обстановке, нужно оценивать риск, стараясь свести его к минимуму⁹³. Верно, что риск связан и с ущербом, и с вероятностью, и со случаем. Включая в определение риска, помимо стоимостной характеристики также вероятность, возможность, автор вплотную подходит к субъективному пониманию риска, но все же не делает этого шага, говоря лишь о принятии решения и об оценке риска. Ущерб есть ущерб, он не нуждается в дополнительном определении даже при включении в него средней, максимальной или минимальной величины и неуверенности появления. А вот субъективное, вероятное допущение несения этого

⁹⁰ См. С. И. Ожегов. Словарь русского языка. М., 1963, стр. 441 и 811.

⁹¹ Н. С. Малейн считает, что риск — это возможная опасность (см. ~~цит. выше статью, стр. 33~~), но опасность — это и есть «возможность» наступления чего-то отрицательного. Риск — это и не создание опасности, а лишь допущение, осознание ее. Оба определения риска Н. С. Малейна, причем абсолютно не тождественные, характеризуют риск не как субъективную, а как объективную категорию.

⁹² Все указанные определения приведены в § 1 первой главы.

⁹³ См. Л. Растрин. Этот случайный, случайный, случайный мир. М., 1969, стр. 109 и 113.

ущерба, оценка принятия отрицательных последствий при определенных, в основном случайных, обстоятельствах как раз и составляют категорию риска.

Человек дает гарантийный документ за другого, естественно, допуская, что тот (другой) не сможет произвести оплату и он понесет потери. Это осознанное допущение; не опасность, не угроза, не обременение, не само событие и не вероятность ущерба — это риск. Только эта категория позволяет правильно в данном случае охарактеризовать с точки зрения психической и, конечно, юридической поступок субъекта. При заключении договора субъект тоже идет на определенный риск, более или менее отчетливо сознавая возможное невыполнение этого договора контрагентом без его вины. Человек идет на спасение имущества. Это опасно, но его поступок правомерен, необходим, поэтому он рискует. Шофер не может предотвратить аварию, столкновение с неожиданно выскочившим на мостовую гражданином, но, допуская такую возможность, он допускает превращение существующей опасности вредного результата в действительность, а следовательно, он рискует. Кировское специализированное управление треста «Промбурвод» по договору от 2 февраля 1965 года с Кандинским СМУ треста «Тюменлестранстрой» выполняло на условиях субподряда работы по бурению скважины в поселке Леуши. Скважина была пробурена на глубину 110 м, однако осветлить воду не удалось, ввиду просачивания мелкого пылевидного песка через фильтр. После остановки насоса его не удалось вторично запустить, ввиду большого осадка песка на поршне. В эксплуатацию скважина принята не была. Возник спор о возврате сумм (7765 руб.), оплаченных за работу управлению «Промбурвод», но ответчик заявил, что бурение было разведочным и он не может нести ответственность за отрицательный результат (отсутствие воды, малый ее дебит, непригодность ее для питьевых целей и т. п.). Поскольку условия договора и проекта выполнены, а гарантии никакой не давалось, стоимость работ по бурению подлежит оплате. В этом договоре заказчик совершенно сознательно допускал отрицательный результат, т. е. невыгодные имущественные потери, явно идя на риск⁹⁴. В январе 1968 года Государственный арбитраж при Совете Министров СССР рассмотрел иск шпагатной фабрики им. Дзержинского к Управлению Московской железной дороги и к Новороссийскому порту о взыскании 35129 рублей. Истец являлся покупателем отгруженного джута-волокна, который с момента его отгрузки считается перешедшим в его оперативное управление. Согласно закону он и несет невыгодные последствия при случайной гибели, причем это законоположение известно субъекту, который, следовательно, вполне осознанно допускает

⁹⁴ См. решение Госарбитража при Совете Министров РСФСР от 17 февраля 1967 года по делу № 45/11.

возможность и такого объективного случая и имущественных потерь. Особенности перевозки, свойство перевозимой продукции делали вполне вероятной и допустимой ее случайную гибель, а отсюда налицо риск грузополучателя. В данном случае так оно и случилось. В пути следования возник пожар, но, как установлено актом расследования, пожар возник от самовозгорания джута-сырца, т. е. в результате объективного случая. В удовлетворении иска шпагатной фабрике было отказано⁹⁵.

В деле по иску Мосторга к Жилищно-эксплуатационной конторе № 1 и к 5 району Московской водопроводной сети о взыскании 9854 рублей⁹⁶ установлено, что истец понес убытки (порча швейных изделий) вследствие аварии городского водопровода и затопления части товаров в универмаге № 85 г. Москвы. Из заключения специального научно-исследовательского института следовало, что причиной аварии является повреждение в стыковом соединении труб, находившегося на 40—50 см ниже цементного пола склада, причем приборы, которые позволяли бы определить состояние этих соединений и отмечали бы небольшие утечки воды, в настоящее время отсутствуют. Таким образом, аварию нельзя было предвидеть (субъективный случай), она произошла независимо от воли, от действий субъектов и ее нельзя было предотвратить (объективный случай). Помещая в склад, под которым проходят трубы, швейные изделия, вступая в определенные договорные отношения с жилищно-эксплуатационными органами, магазин в определенной мере рисковал, т. е. допускал, что если произойдет объективный случай, и не будет чьей-либо вины, то возможные убытки от порчи ценностей, находящихся в его оперативном управлении, будет нести он, поскольку именно так решается согласно закону вопрос о случайной гибели вещей.

Такой вывод встречается иногда и в официальных решениях. Можно привести пример, правда, из области внешнеторгового оборота, но свидетельствующий о том, что при заключении договора не исключен риск субъектов. По одному из дел, рассматривавшемся во Внешнеторговой арбитражной комиссии, было установлено, что советское внешнеторговое объединение передало голландской фирме товар для реализации на комиссионных началах с расчетом в английских фунтах стерлингов. Фирма заявила, что наступила невозможность трансфера местной валюты — невозможность ее перевода в английские деньги из-за валютных ограничений, считая это форс-мажорными обстоятельствами. Арбитражная комиссия отклонила эти объяснения, указав, что комиссионер при заключении договора принял на себя риск возможного наступления обстоятельств, препятствующих

⁹⁵ См. решение № 7/824 от 15 января 1968 года.

⁹⁶ См. решение Госарбитража при Совете Министров РСФСР от 13 марта 1968 года, № 43/11.

расчетам с комитентом⁹⁷. В той или иной мере иногда рискуют оба субъекта. Допускаются ими и неблагоприятные последствия, вызванные так называемой невозможностью исполнения, изменением обстоятельств. Такое допущение также является риском. Е. Кельман в свое время изложил по этому вопросу взгляд на юридическое понятие риска в договорах Н. Titze, хотя последний не вышел из традиционной оценки этого понятия (обременение стороны хозяйственно невыгодными последствиями)⁹⁸.

Своеобразную сложность вызывает категория «риска» в применении к обязательствам, возникающим из причинения вреда. Но и здесь субъект совершает определенное волевое, целенаправленное действие, проявляет себя во взаимоотношениях с другими субъектами и при этом в какой-то мере, в зависимости от характера своих поступков, допускает определенную вероятность, определенную возможность случайных вредных последствий, и в этом заключается его риск. Конечно, такой риск ничего общего не имеет с профессиональным риском, рекламируемым буржуазной юридической наукой. В советском гражданском праве убыток возлагается на потерпевшего в весьма ограниченных случаях, не несет имущественные потери (ответственность) и причинитель только за факт причинения, они возлагаются на него в результате осознанного им допущения подобных последствий, т. е. риска, если отсутствовала его вина, причем в большинстве случаев он отвечает лишь за виновные действия.

О таком сознательном допущении вредных последствий (теории риска) во время охоты, лечения, спортивных соревнований, ярмарочных игр говорит Н. Lalou⁹⁹. Примеры автора имеют несомненный интерес, но он не очень четко представляет себе само понятие «риска» и, повторяя ошибку некоторых других юристов, применяет его даже в тех случаях, когда имеется вина субъекта. Например, ожог, допущенный врачом, не освобождает его от ответственности на основании того, что больной пошел на риск; рискует зритель, сошедший с трибуны и потерпевший поэтому вред от удара лошади на бегах; рискует охотник, занявший опасное место и т. д.

В гражданском праве существует презумпция вины¹⁰⁰, но в тоже время существует в нем и презумпция риска. Во всяком случае субъект должен был допускать возможность наступле-

⁹⁷ См. Д. Рамзайцев. О случаях невозможности исполнения договорных обязательств. «Внешняя торговля», № 4, 1956, стр. 24.

⁹⁸ См. Е. Кельман. Изменение договоров судом, «ЕСЮ», 1926, № 17, стр. 520. Автор ссылаясь на труд Н. Titze. Richterrecht und Vertragsinhalt. Тюбинген, 1921.

⁹⁹ См. Henri Lalou. Traité pratique de la responsabilité civile. Paris, 1955, p. 271—279.

¹⁰⁰ Как указывает О. С. Иоффе, в презумпции виновности заключается высокая степень вероятности. (Указ. работа, стр. 135).

ния неблагоприятных последствий, когда их реально можно было допускать. Очень важно иметь в виду, что допущение вероятных последствий не связывается обязательно с каким-либо конкретным объективным случаем, определенной невозможностью исполнения или данным правомерным поступком. Риск — это допущение отрицательных последствий при любом, даже самом неожиданном, самом маловероятном событии или действии, в том числе, когда вероятность их приближается к нулю и когда, с точки зрения субъективной, налицо безусловный «казус». Даже при этих обстоятельствах может существовать у какого-либо субъекта риск по отношению к объективному случаю, ибо он допускает случайные неблагоприятные последствия вообще, независимо от степени их вероятности и конкретности самих событий (действий). Утверждают, что молчаливая оговорка не имеет юридического значения в договорном риске и приводит к фикции¹⁰¹, видимо, тоже можно было бы сказать и о внедоговорном риске. Это верно, если под риском понимать сами вредные последствия, а не отношение к ним субъекта, допущение им этих последствий.

В. Рассудовский указывал, что принятие на себя договорного обязательства уже само по себе связывает одну из сторон с риском — с опасностью потерь¹⁰².

Как было отмечено выше, слово «риск» употребляется в разных значениях, но почти всегда оно включает в себя не только оценку последствий, но и действие: «не бояться риска», «идти на риск», «сделать рискованный шаг» и т. д. Но ведь и говоря о вине, мы соединяем ее с действием, с поступком, не расчленяя отдельные элементы совершаемого. Мы говорим: «А» виновен в совершенной аварии», имея при этом в виду не только субъективное отношение «А» к последствиям, но и весь его поступок в целом. Более того, как отмечено выше, вина — это целенаправленность поведения субъекта, волевой акт, а воля означает прежде всего действие. Так и при употреблении понятия «риск» мы объединяем психический момент с действием, хотя собственно понятие «риск» представляет собой только субъективную сторону поступка — допущение принятия на себя вероятного ущерба от события (действия), последствия которого чаще всего нельзя будет преодолеть, т. е. которое будет являться объективным случаем. Правда, эти последствия не всегда связаны с непреодолимым случаем, они могут быть вызваны вполне сознательным шагом субъекта, совершающего известные правомерные, а иногда и неправомерные действия, но последствия и в этих случаях в той или иной степени вероятны.

¹⁰¹ См. по этому вопросу А. Г. Зейц. Влияние изменившихся обстоятельств на силу договоров (*clausula rebus sic stantibus*), Иркутск, 1928, стр. 37.

¹⁰² См. В. Рассудовский. Вопрос об имущественном риске в гражданском праве, «Советская юстиция», № 18, 1963, стр. 11.

Допущение последствий означает их предвидение, а это так же, как и оценка правомерности или случайности действий (событий), свидетельствует о волевом, сознательном поведении субъекта¹⁰³, хотя проявляется оно в различных обстоятельствах по-разному, и равно как о формах и степенях вины, мы должны говорить о видах и степенях риска. Риск может быть большой, когда наступление отрицательных последствий объективного случая чересчур реально, он может быть и небольшой, когда наступление таких последствий случая маловероятно.

Мы должны рассмотреть категорию «риска» в различных институтах гражданского права, должны ответить на вопрос, является ли риск только основанием принятия невыгодных последствий рискующим субъектом, либо он может являться и основанием в отдельных случаях для возложения гражданско-правовой ответственности.

¹⁰³ Нельзя сводить волевое поведение только к виновному поведению, а именно такой вывод можно сделать из цитированной статьи Н. С. Малеина (стр. 29), поскольку, по его мнению, нормы ответственности могут воздействовать только на сознательное волевое поведение, а условием наступления ответственности является только вина.

ОБЪЕКТИВНЫЙ СЛУЧАЙ И НЕПРЕОДОЛИМАЯ СИЛА

§ 6. Объективный случай и случайность¹

Случайности подстерегают нас на каждом шагу. Считают, что случайность мешает нам предвидеть будущее. Однако причину имеет и случайное событие, которое является следствием цепи других причин и следствий. Если цепь проста и просматривается легко, утверждают, что нет случайности; событие называется случайным, если цепь сложна и не поддается обзору без введения практически невозможных или очень сложных факторов. Существует наука о случайных событиях — теория вероятности, которая ставит перед собой цель изучения закономерности в случайных событиях, установление их внутренней структуры, что уменьшает роль случайности в технике и общественной жизни; заставляет «счастливыми» случайности служить человеку. Случай в природе неизбежен и закономерен². Но даже после исследования закономерности в случайных событиях это событие не перестает быть случайным; знание лишь дает возможность предсказывать это событие, вести борьбу с вредными его последствиями.

Случайность не пассивна, она активно вмешивается в нашу жизнь, создает определенные возможности, путает намеченные планы³. Случай, как и случайность, определяют, исходя из различных аспектов. Он понимается как положение, при котором что-либо происходит, как происшествие, как подходящее обстоятельство или время, как что-нибудь, возникшее непредвиденно, непреднамеренно. Случайность понимается как непредсказуе-

¹ Параграф излагается в сокращенном виде, поскольку по рассматриваемым вопросам автором опубликован ряд статей, например, «Некоторые вопросы применения в праве категорий марксистско-ленинской философии «случайность» и «необходимость» (Труды Таджикского политехнического института, вып. 6, Душанбе, 1971, стр. 286—296).

² См. Л. А. Растрин. В мире случайных событий. Рига, Изд-во АН Латвийской ССР, 1963, стр. 3, 4.

³ См. Л. А. Растрин. Этот случайный, случайный, случайный, мир. М., «Молодая гвардия», 1969, стр. 6, 7.

мость, которая является результатом нашего невежества, зависящая от уровня нашего познания⁴.

Эмиль Борель, специально занимавшийся вопросами случая, полагает, что случайными называются явления, сущность которых «заключается в их зависимости от причин слишком сложных для того, чтобы мы могли их все выявить и изучить»⁵. Подобное понимание случая, как субъективной категории, было довольно широко распространено. Еще древние философы говорили об идоле случая, прикрывающем наши незнания. П. Гольбах утверждал, что случайным явление может считаться до тех пор, пока не вскрыта причина его существования⁶. Голландский мыслитель XVII века Б. Спиноза заявлял, что нет ничего случайного, а есть лишь невежество нашего знания⁷. В ином аспекте понимается случайное математиками: явление, которое при опытах всегда несколько иное⁸.

Как видим, понимание случая как субъективной категории существует и сегодня. Л. А. Растрингин и не скрывает того, что случайность зависит от запаса информации субъекта, но он утверждает, что случайность никогда не исчезнет с нашей планеты. Этому будет препятствовать как бесконечная сложность, неисчерпаемость мира, так и ограниченная точность измерений⁹. Однако он успокаивает нас тем, что от непредсказуемости мир не становится менее интересным. Этот мир является случайным, вероятным. Его случайный характер (здесь автор несколько отходит от субъективного понимания случайности) образуется не только из-за ограниченных возможностей, но и за счет свойств самого мира¹⁰.

* * *

В предыдущей главе было указано на недопустимость отождествления «случая» в субъективном смысле, включающего в себя моменты, связанные с человеческим сознанием, волей, психикой и «случая» в объективном смысле, который существует независимо от человеческого сознания, от его психической оценки происходящего или того, что должно либо может произойти. Подчеркивалось не только различие между субъективным и объективным случаем, но и отмечалась их органическая связь,

⁴ См. Л. А. Растрингин. Этот случайный, случайный, случайный мир, стр. 8, 11. См. А. Китайгородский. Законы случайного. «Наука и жизнь», 1971, № 6, стр. 61.

⁵ Э. Борель. Случай. М.—П., Госиздат, 1923, стр. 5.

⁶ См. П. Гольбах. Система природы. Соцэкгиз, 1940, стр. 35.

⁷ См. Б. Спиноза. Этика. М., 1932, стр. 27.

⁸ См. Е. С. Вентцель. Теория вероятностей. М., 1969, стр. 3.

⁹ См. Л. А. Растрингин. Этот случайный, случайный, случайный мир. стр. 12, 13.

¹⁰ См. там же, стр. 17—18.

ибо только в совокупности этих понятий можно решить вопрос о тех или иных последствиях.

Что же такое объективный случай? Чтобы ответить на этот вопрос мы должны обратиться к марксистско-ленинской философии, к пониманию ею категории случайности, что даст нам ключ к раскрытию интересующего нас понятия. Ф. Энгельс в письме к Штаркенбургу в январе 1894 года указывал, что случайность является дополнением и формой проявления необходимости¹¹. С точки зрения проявления необходимости можно утверждать, что всякое существующее есть случайное, оно проявляется где-нибудь, но в данном случае могло и не быть¹².

Необходимость пробивает себе дорогу сквозь множество случайностей, а случайность следует понимать как единичные, касающиеся внешней стороны, неустойчивые, отклоняющиеся от необходимости, но в конечном счете подчиненные ей связи и отношения сторон, вещей, явлений и процессов. Случайность отражает индивидуальное, не типичное, единичное¹³. Об этом говорит и В. И. Ленин, соединяя понятия случайного и единичного¹⁴.

Таким образом, случайность состоит в кратковременности связей, но необходимость строится из случайностей, а сам строй случайностей определяется необходимостью. Любое явление выражается в единстве, хотя и в относительно противоречивом единстве, необходимости и случайности, которые проникают друг в друга — в этом и заключается их диалектический характер¹⁵. Случайность может быть одновременно и формой проявления необходимости и дополнением к ней; она может только дополнять данную необходимость, выступая при этом как нечто постороннее, вызванное внешними факторами. В чистом виде в каждом явлении необходимости и случайности нет; случайность всегда содержит моменты необходимого, всегда имеет причины своего возникновения. В разных условиях одни и те же процессы могут быть необходимыми и случайными, но где на поверхности, как говорил Ф. Энгельс, происходит игра случая, там сама эта случайность всегда оказывается подчиненной внутренним скрытым законам. Лишь те случайности, которые органически связаны с необходимостью, которые вызваны действием внутренних факторов, одновременно являются и формой проявления необходимости и дополнением к ней. Если случайности

¹¹ См. К. Маркс и Ф. Энгельс. Избранные произведения, т. 2, Политиздат, стр. 485.

¹² См. Г. В. Тевтадзе. Свобода и необходимость. Автореф. канд. дисс., 1958, стр. 5.

¹³ См. Н. В. Пилипенко. Необходимость и случайность. Изд. «Высшая школа», М., 1965, стр. 33.

¹⁴ См. В. И. Ленин. Полн. собр. соч., т. I, стр. 458; т. 21, стр. 47.

¹⁵ См. Л. В. Воробьев, В. М. Каганов, А. Е. Фурмай. Основные категории и законы материалистической диалектики. М., Изд-во МГУ, 1962, стр. 87, 89.

вызваны лишь внешними факторами, они только дополнение данной необходимости¹⁶.

Полагают, что необходимость может проявляться только в форме случайности¹⁷. Такого мнения придерживается большинство авторов, но некоторые считают, что свести форму проявления необходимости только к одним случайностям нельзя; во всяком случае этот вопрос является весьма дискуссионным¹⁸. Случайность имеет объективный характер; существуют объективно не только необходимые связи, но и связи случайные¹⁹. В случайности отражаются лишь внешние, несущественные связи. Причина случайного явления лежит не в нем самом, а в других — внешних явлениях. С точки зрения марксистской диалектики, под случайностью понимается такое явление, которое не вытекает с необходимостью из совокупности данных условий, не подготовлено предыдущим развитием процесса, которое может произойти так, а может произойти и иначе²⁰.

Случайности дополняют условия, из которых неизбежно вытекает определенное необходимое событие, они придают ему форму, в которой оно в данный момент проявляется²¹. Случайность есть необходимое в конкретной, частной связи, имеющее подчиненное отношение к необходимости более общего порядка²². Но различие между случайностью и необходимостью не в том, что случайность обусловлена несущественными факторами, тогда как необходимость всегда обуславливается факторами существенными и носит общий, а не единичный, неповторимый характер²³. Область действия случайности — внешние, поверхностные отношения²⁴. Как правило, она порождена не коренной, неглубокой причиной, не вытекающей из существенной основы явлений²⁵; самой специфической чертой случайности является ее обусловленность внешними обстоятельствами²⁶.

¹⁶ См. Н. В. Пилипенко. Проблема необходимости и случайности. Автореф. докт. дисс. М., 1966, стр. 10, 11.

¹⁷ Н. М. Хуцишвили. О необходимости и случайности. Автореф. канд. дисс., Тбилиси, 1966, стр. 5.

¹⁸ См. Н. В. Пилипенко. Цит. автореферат, стр. 12.

¹⁹ Н. Коидаков подчеркивал, что взгляд на случайность, как на субъективное понятие, присущ метафизикам. (См. Необходимость и случайность. «Большевик», 1940, № 18, стр. 58).

²⁰ См. М. Гайдаров. Диалектика необходимости и случайности. Автореф. канд. дисс. М., 1957, стр. 6.

²¹ См. М. Гайдаров. Цит. автореферат, стр. 9.

²² См. В. И. Корюкин. Вероятность как философская категория и ее применение в естествознании. Автореф. канд. дисс. Свердловск, 1964, стр. 8.

²³ См. Г. В. Цинцадзе. Необходимость и случайность. Автореф. докт. дисс., Тбилиси, 1965, стр. 5, 8.

²⁴ См. Д. И. Широканов. Диалектика необходимости и случайности. Минск, 1960, стр. 80, 83.

²⁵ См. И. Д. Андреев. Необходимость и случайность. М., Изд. «Знание», 1958, стр. 5.

²⁶ См. А. П. Шептулин. Система категорий диалектики, М., «Наука», 1967, стр. 249.

Каждое явление есть единство закономерного и случайного, причем последнее существует объективно и может иметь определенное, а иногда и решающее влияние на ход процесса, на развитие природы и общества ²⁷.

В современной философии Запада очень распространены взгляды экзистенциалистов, которые иногда вообще отрицают случайность. Так, у Сартра случайность противопоставляется не необходимости, а осознанному личному решению. Человек, по его мнению, несет на своих плечах всю тяжесть мира. Он ответствен за мир и за самого себя, как определенный способ бытия. Поэтому в жизни нет случайности, ибо извне не приходит ни одно событие и раз человек, например, не дезертировал, не покончил с собой, значит он выбрал войну и является ее соучастником, это его война, он виновен, он заслуживает ее ²⁸.

Марксистской диалектике чужда как недооценка, так и переоценка роли случайности, которой придерживаются подобные и другие идеалистические концепции. Иногда не различают понятия «случайность» и «случай». Мы полагаем, что дать различие этим понятиям необходимо. Под случайными понимаются определенные связи и отношения, в которых дополняется и проявляется необходимость, под случаем мы понимаем конкретную форму, в которой уже проявлена (дополнена) необходимость. Правда, с точки зрения Гегеля, осуществленное явление становится необходимостью: случившееся необходимо, оно при данных условиях не могло быть иным ²⁹, но именно в проявленной необходимости и выражается органическое единство ее со случайностью.

* * *

При определении категории «случая» в праве нужно исходить из учения марксистско-ленинской философии об объективности случайности, о соотношениях случайности и необходимости. Многие юристы отрицают тождественность философского и правового понятия случая, главным образом потому, что, как указано выше, они понимают случай как понятие, противоположное вине, как категорию субъективную ³⁰. О. С. Иоффе указывал, что в науке гражданского права случайное — это то, что выходит за пределы виновного; случай здесь сопоставляется

²⁷ См. А. А. Чунеева. Категории материалистической диалектики. Л., 1965, стр. 71, 76, 77.

²⁸ I.—P. Sartre. L'Être et le Néant, Paris, 1960, p. 639, 640.

²⁹ См. Г. А. Геворкян. Вероятное и достоверное знание. Ереван. Изд. АН Арм. ССР, 1965, стр. 10. В отличие от возможности, случайным называют уже существующий в действительности объект. (См. Л. В. Смирнов, В. А. Штофф. Соотношение возможности, вероятности и необходимости. «Проблема возможности и действительности». М., «Наука», 1964, стр. 57.

³⁰ См. Г. К. Матвеев. Вина в советском гражданском праве. Киев, 1955, стр. 84; см. также М. М. Агарков. Гражданское право, ч. 2, М., 1938, стр. 395 и др.

не с необходимостью, а с виной. Если данное явление может быть вменено в вину субъекту, оно не может быть признано случаем и, наоборот, философски познанное в его закономерности явление, остается случаем в гражданском праве, если оно выходит за пределы виновного³¹. Однако О. С. Иоффе, признавая нетождественность понятия «случай» в философии и праве, утверждает, что «случай» в правовом смысле имеет философскую природу и является одной из разновидностей случая в философском смысле, характеризующихся своими специфическими чертами. Вряд ли, однако, можно согласиться с автором, что только неопознанное непредотвратимо — случайно, что в праве, не может быть случая, если лицо знало или должно было знать об объективной неизбежности наступления определенных последствий, а причиной этих последствий должна являться собственная деятельность этого лица³².

На наш взгляд, нельзя утверждать, что специфика гражданско-правового случая, находящегося в пределах философского случая, заключается в том, что им охватываются лишь явления, одной из причин которых явились действия человека, и придавать особое значение субъективному отношению лица к наступившим объективным последствиям. Человек может быть просто бессилён своими действиями предотвратить события и их последствия, даже если их появления были ему известны. В то же время не все из всей совокупности совершенных в данный момент действий и бездействий, а лишь какая-то небольшая часть их подвергается правовому регулированию³³. Автор справедливо утверждает, что единство не исключает различия, что результат в одно и то же время может быть и случайным и необходимым, ибо представляет собой лишь одно из звеньев общей системы взаимодействия. Так, необходимость внутренних законов человеческого организма проявилась в случайно наступившей смерти. Совершенно прав автор, критикуя смешение отдельными авторами вины и причинной связи³⁴.

Точка зрения О. С. Иоффе на то, что случай в гражданско-правовом смысле является лишь одной из разновидностей случая в философском смысле, что между ними существует органическая связь³⁵, хотя и отсутствует тождество — безусловно правильная, но нельзя согласиться с отмеченными им специфиче-

³¹ См. О. С. Иоффе. О некоторых теоретических вопросах науки гражданского права. «Вестник», ЛГУ, № 3, Л., 1948, стр. 90.

³² См. там же, стр. 92, 93.

³³ См. Г. К. Матвеев. Основания гражданскоправовой ответственности, стр. 128, 131.

³⁴ См. О. С. Иоффе. Ответственность по советскому гражданскому праву, стр. 225, 226.

³⁵ Г. К. Матвеев в принципе возражает против особых юридических критериев разграничения объективных причинных связей, отличных от принятых в марксистской философии. (См. Основания гражданскоправовой ответственности. стр. 101, 136).

скими чертами случая в правовом смысле, прежде всего по той причине, что, с точки зрения философской, случай — это всегда объективная категория и специфику его различных видов нельзя определить, исходя исключительно из субъективного критерия непредвиденности. Эта позиция О. С. Иоффе встретила возражения со стороны Г. К. Матвеева, который обратил внимание на недопустимость игнорирования объективности случая³⁶.

М. Д. Шаргородский считал, что случайность в правовом смысле это исключительно объективная категория, связанная с вопросом причинной связи³⁷.

Б. С. Антимонов указывал, что в правовой науке понятие «случай» принято в особом техническом смысле — как отсутствие вины, а не в философском смысле, но иногда результат бывает и как следствие причинно-случайного³⁸.

Дореволюционные и современные буржуазные юристы оказались бессильными дать правильное определение случая, ибо они не стояли на позициях философии диалектического материализма. Эти юристы вообще смешивают субъективный и объективный случай, как, например, это делал Пирвиц в статье «Случай в гражданском праве»³⁹, или С. А. Беляцкий, определявший случай, как выражение нашего неведения⁴⁰. Как субъективную категорию трактовал случай и Я. А. Канторович: «граница неосторожности, обуславливающей собою вину», «противоположность вины, отрицание ее». Но в данном автором развернутом определении случая акцентируется внимание и на объективных моментах: «...события, которые сами по себе или в отношении происшедших от них последствий явились вне волевой сферы человека или даже вопреки воле его и им ни предвидены, ни предотвращены не могли быть, несмотря на все меры предосторожности, которые требовались и возможны были для данного лица при данных обстоятельствах»⁴¹. В этом определении все могло быть верным, если не были бы примешаны сюда субъективные элементы предвидения, которые Я. А. Канторович выносит за пределы волевой сферы человека. Более того, говоря о причинной связи, автор решительно отрицает совпадение философского понятия причинности с правовым, утверждая, что

³⁶ См. Г. К. Матвеев. Вина в советском гражданском праве, стр. 85.

³⁷ См. М. Д. Шаргородский. Причинная связь в уголовном праве. «Ученые труды ВИЮН», X, М., Госюриздат, 1947, стр. 190.

³⁸ См. Б. С. Антимонов. К вопросу о понятии и значении причинной связи в гражданском праве. «Труды научной сессии ВИЮН», 1946, М., 1948, стр. 76, 77.

³⁹ См. К. Анненков. Система гражданского права, т. 3, СПб, 1901, стр. 138—140.

⁴⁰ См. С. А. Беляцкий. Частное право в основных принципах. Каунас, 1928, стр. 530.

⁴¹ Я. А. Канторович. Война и исполнение обязательств. Пет., 1917, стр. 41.

право интересует только действие человека, вновь подчеркивая, что последствие, стоящее за пределами возможного предвидения, является стоящим и за пределами причинной связи и, следовательно, за пределами вменения ⁴².

В гражданском законодательстве отсутствовало определение случая, но иногда в некоторых нормативных актах делалось перечисление отдельных явлений, которые должны освобождать от ответственности. Например, в ст. 489, т. X, ч. I Свода законов Российской империи назывались случаи: война, пожар, наводнение или иные какие-либо несчастные происшествя или обстоятельства, в ст. 1689 назывались в числе случаев (причин): прекращение сообщения во время заразы, нашествие неприятеля, необыкновенное разлитие рек и т. п. непреодолимые препятствия, внезапное разорение от несчастного случая, а также болезнь и смерть близких. В статьях 216 и 218 Положения о казенных подрядах и поставках назывались в числе причин: вторжение неприятеля, военные обстоятельства, моровая язва, сильная буря, молния и другие причины, «от воли Божией зависящие», а также наводнение, пожар, мелководье, падеж скота, необыкновенная распутица, буря и другие несчастные случаи.

Перечисление отдельных явлений, освобождающих от исполнения обязательств, кое-где сохранилось и в нашем праве, например, в транспортных уставах и в уставе связи, но вряд ли это можно признать удачным, поскольку сами по себе эти случаи ни о чем не говорят и, кроме того, невозможно перечислением, даже самым обширным, охватить все случаи, которые могут произойти в жизни. Так, в ст. 145 и 146 Устава железных дорог СССР дается перечисление явлений стихийного характера: заносы, наводнения, пожары, что вызвало многочисленные споры в правовой литературе об ограниченной или расширенной трактовке этого перечня.

Нельзя сказать, чтобы не предпринималось попыток отойти при даче определения случаю от субъективных моментов, но все дело в том, что неверно понималось различие между субъективным и объективным, о чем было указано выше. Любопытное определение приводит Е. И. Кельман: «Случай — есть понятие, целиком оторванное от индивидуального субъективного состояния ответственного лица. Это — событие непредвиденное и неожиданное, — внезапное событие, в котором на человека или на вещь вредоносно действует какое-либо явление, связанное с функционированием предприятия» ⁴³. Я. А. Магазинер иногда более определенно подчеркивал объективность этой категории, о чем свидетельствуют следующие его высказывания: «случайный, т. е. непредотвратимый вред». «Случай — противоположность необ-

⁴² См. Я. А. Канторович. Цит. работа, стр. 62.

⁴³ Е. И. Кельман. Ответственность воздушного перевозчика за вред и убытки. «Вопросы воздушного права». Сборник трудов секции воздушного права Союза Авиахим СССР и РСФСР, вып. 1, М., 1927, стр. 190.

ходимости; то, что может произойти, есть случай»⁴⁴. Однако и он проявляет непоследовательность, указывая, что случай — это такое поведение, вред от которого субъект не мог и не должен был предвидеть⁴⁵, но при этом «непредвиденность не схватывает ядра случайности», и это понятие раскрывается, исходя из других начал. Предвидение, по его мнению, это «негодное» и «неопределенное понятие» даже для разграничения случая и неосторожности, ибо неясно, означает оно «точно знать, что событие наступит» или лишь «представлять себе возможность» наступления события. Автор ссылается в обосновании своей позиции на гражданский кодекс, однако в нем говорится только о предотвратимости. В силу чего автор делает вывод, о котором мы уже упоминали, что случай — это минимальная вероятность события, такая вероятность, с которой лицо не могло и не обязано было считаться⁴⁶. Но как говорилось в предыдущей главе, вероятность это объективно существующая возможность, которая теснейшим образом связана с допущением субъектом того или иного явления, тех или иных его последствий, т. е. с субъективным предвидением их, с риском. Именно в этом проявляется связь субъективного случая с объективным, а точнее обратное влияние объективного случая на случай субъективный, ибо и субъективный случай — это почти всегда не абсолютное непредвидение каких-либо явлений, а их недопущение из-за минимальной вероятности, объективно существующей, чрезвычайно малой возможности появления определенного явления, определенного результата. Ф. Энгельс, говоря о проложении себе дороги экономическим движением сквозь бесконечное множество случайностей, объяснял их как вещи и события, «внутренняя связь которых настолько отдалена или настолько трудно определима, что мы можем забыть о ней, считать, что ее не существует»⁴⁷.

Специальную работу случаю посвятил в свое время В. А. Туманов. Он указывал на недопустимость смешения субъективного случая (casus) с философским понятием случайности, полагая, что субъективный момент (случай как отсутствие вины) не может быть разновидностью объективной случайности в философском смысле слова⁴⁸. В. А. Туманов в этом безусловно прав, но точка зрения автора, относящего юридический случай, кроме непреодолимой силы к субъективной плоскости, является весьма спорной. Правда, автор исключал всякие события из понятия «случай»: «При событии нет воли, ...Никто не виноват, что пошел дождь, ...нет оснований говорить о виновности, где

⁴⁴ Я. А. Магазинер. Советское хозяйственное право. Л., 1928, стр. 296, 298, 361.

⁴⁵ Там же, стр. 360.

⁴⁶ Там же, стр. 361, и 363.

⁴⁷ К. Маркс и Ф. Энгельс. Избранные письма. М., Госполитиздат, 1947, стр. 422, 423.

⁴⁸ См. В. А. Туманов. «Случай» и «непреодолимая сила» в советском гражданском праве. Кандидатская диссертация, 1951, стр. 2.

не может быть и речи о вине», — утверждает В. А. Туманов⁴⁹. В этом он, конечно, прав⁵⁰. Но означает ли это, что сами эти события, безусловно корреспондированные с поведением человека, теряют объективный характер, перестают быть случаем в философском смысле слова? Нет, не означает. И почему только непреодолимой силе придается объективный характер? Прав В. А. Туманов, утверждая, что случай в правовом смысле имеет отношение к таким действиям, которые являются противоправными и юридическая релевантность которых выражается во вредоносном характере⁵¹. Но относить это только к случаю, означающему отсутствие вины, неверно. Автор категоричен в своем выводе, что случай противопоставляется не объективной причинности и необходимости, а вине лица⁵².

Только разделение правового случая на субъективный и объективный дает возможность, правильно руководствуясь диалектическим материализмом, определить эту категорию, не допуская смешения субъективного и объективного и не противопоставляя их. Но дело в том, что такое разделение не делается в науке гражданского права, а если и делается, то только в отношении непреодолимой силы. Даже И. С. Самощенко, давая случаю определение, как объективной категории, все же акцентирует внимание на субъективных факторах — на невозможности предвидения и отсутствии знаний⁵³.

Более определенную позицию в вопросе об объективном случае занимает П. Г. Семенов⁵⁴. В свое время В. Н. Кудрявцев указывал, что «в определенной конкретной обстановке субъект вполне может в ряде случаев предвидеть вероятность наступления не только объективно необходимых, но и объективно случайных последствий своих действий»⁵⁵. Это встретило критику со стороны некоторых юристов, считавших, что нельзя допускать возможность объективно случайного причинения при наличии вины. С этой критикой согласиться нельзя прежде всего потому, что нельзя вину сводить только к предвиденности. Кроме того, как уже отмечалось, абсолютное непредвидение весьма редко. Так, например, в период Ташкентского землетрясения подземные толчки разрушительной силы предвиделись, однако они не пере-

⁴⁹ См. В. А. Туманов. «Случай» и «непреодолимая сила» в советском гражданском праве. Кандидатская диссертация, 1951, стр. 29, 30.

⁵⁰ К. Маркс указывал, что «помимо своих действий я совершенно не существую для закона». (См. К. Маркс и Ф. Энгельс. Соч., т. I, стр. 14).

⁵¹ См. В. А. Туманов. Цит. диссерт., стр. 53.

⁵² См. там же, стр. 75.

⁵³ См. И. С. Самощенко. К вопросу о причинности в области юридической ответственности. «Вопросы общей теории советского права». М., 1960, стр. 361, 354.

⁵⁴ См. П. Г. Семенов. Проблема причинной связи в советском праве. «Ученые записки ВЮИ», вып. 8, 1958, стр. 263 и далее.

⁵⁵ В. Н. Кудрявцев. К вопросу о причиненной связи в уголовном праве. «Советское государство и право», 1950, № I, стр. 41.

ставали от этого быть случаем объективным. Е. И. Кельман подчеркивает, что предвидение относительно воздушного пространства «таит в себе имманентно присущий этому виду транспорта риск (*risques inhérents à la nature même de ce transport*) — риск воздуха (*risque de l'air*), ибо возможные опасности, в том числе и так называемая непреодолимая сила, предвидятся, а точнее — допускаются⁵⁶.

Прав Г. К. Матвеев, полагавший, что «субъективное предвидение последствий противоправного действия не может служить всеобщим критерием установления причиненных связей, так как последние существуют объективно и независимо от восприятия»⁵⁷.

Термин «казус» («случай») как понятие, противоположное вине, является чисто условным; его характеристику и определение мы дали в предыдущей главе. Поэтому нельзя упрекнуть нас в искусственном разделении единого понятия «случай» на субъективный и объективный. Эти категории находятся в различных плоскостях.

Говоря о случае объективном как о правовой категории, мы, солидаризируя с О. С. Иоффе, признаем его частью, одним из видов этого понятия в философском смысле. В качестве специфической черты правового объективного случая нужно прежде всего выделить непредотвратимость его человеческими действиями. Только при наличии этой черты случай не является безразличным праву. Отсутствие вредных (отрицательных) последствий, их предотвратимость делают данный случай безразличным для права. «Вред, который может быть предотвращен, уже не является случайным вредом», — указывал Я. М. Магазинер⁵⁸. Предотвратимость случая и его последствий — это его объективная характеристика, позволяющая отграничить случай в правовом смысле, как часть, от целого — случая в философском смысле. Право интересуется с точки зрения объективной только случай, который в данных условиях и имеющимся в распоряжении субъекта средствами оказывается непредотвратимым, который является объективной причиной непреодолимого отрицательного результата и влечет определенные юридические последствия. Объективный правовой случай является и одним из видов юридических фактов. Однако необходимо еще раз подчеркнуть, что рассматривать нужно объективный и субъективный случай в их единстве, всегда помнить, что данные обстоятельства, данные условия обычно создаются в силу субъективного непредвидения. Поэтому правильнее было бы говорить об **объективной и субъективной сторонах случая.**

А. А. Пионтковский подчеркивал безусловное единство объективного и субъективного в действии человека, ибо «объективно

⁵⁶ См. Е. И. Кельман. Цит. статья, стр. 187.

⁵⁷ Г. К. Матвеев. Вина в советском гражданском праве, стр. 79.

⁵⁸ См. Я. М. Магазинер. Цит. работа, стр. 365.

случайные последствия совершенного лицом деяния, ...всегда являются для данного лица и в субъективном отношении «случаем». Но вместе с тем не все, что в объективном отношении представляет собой необходимое последствие совершенного деяния, может дать основание для уголовной ответственности, так как, разумеется, возможно, что лицо не предвидело необходимых последствий своего действия, не могло и не должно было по обстоятельствам дела их предвидеть. Необходимые последствия в субъективном отношении могут быть и «случаем»⁵⁹.

Недопустимо также смешение вопроса об объективной причинности (а объективный случай мы прежде всего рассматриваем при изучении причинной связи) с вопросом о субъективной виновности, хотя не вызывает сомнения, что при отсутствии причинной обусловленности вреда, не может стоять вопрос о виновности, так как в этом случае вред причинен не субъектом⁶⁰.

Итак, под объективной случайностью в гражданском праве понимается определенный круг явлений, в которых проявляется и дополняется объективно существующая необходимость (закономерность) в виде единичных, кратковременных связей, обусловленных внешними, несущественными факторами явлений, с которыми корреспондируются действия (бездействия) субъектов и которые несут в себе угрозу причинения вредных последствий, а преодоление их имеющимися средствами и в данных обстоятельствах выходит за границы возможности.

Как было отмечено выше, А. П. Шептулин выделяет внешность основания как наиболее специфическую черту случайного, в отличие от которого необходимое имеет причину своего существования и своего появления в самом себе, в связи с этим при соответствующих условиях его наступление неизбежно⁶¹. Исходя из этого, а также из приведенного выше различия между случаем и случайностью, можно определить объективный случай в гражданско-правовом смысле, как корреспондируемое с действиями (бездействием) субъектов явление, в котором проявлена и дополнена объективно существующая необходимость, имеющее основание своего появления во внешних обстоятельствах и влекущее причинение отрицательных последствий, а преодоление их

⁵⁹ А. А. Пионтковский. Учение о преступлении по советскому уголовному праву. М., Госюриздат, 1961, стр. 240.

⁶⁰ См. рецензию А. А. Пушкина, Г. М. Матвеева, В. А. Попова на учебник «Советское гражданское право», 1968, под редакцией О. А. Красавчикова. «Советское государство и право», № 3, 1970, стр. 145.

⁶¹ См. А. П. Шептулин. Цит. работа, стр. 251. См. его же, Философия марксизма-ленинизма, М., 1970, стр. 146.

располагаемыми в данных обстоятельствах средствами практически оказывается невозможным.

В приведенных определениях нами употреблено понятие «явление» и вообще объективный случай рассмотрен не только как объективные отношения и связи, т. е. как случайность, но и как событие или результат действия субъекта. Может возникнуть сомнение в правомерности такой постановки вопроса: ведь необходимость это только связь, отношения. Прежде всего нужно еще раз подчеркнуть, что необходимость проявляется в определенной конкретной форме, каковой является случайность, а эта форма представляет из себя объективную реальность, воспринимаемую нашими органами чувств. С точки зрения марксистской диалектики явление — это внешняя сторона объективной реальности, тогда как сущность представляет ее внутреннюю сторону. Для правильного определения этих понятий необходимо четко представлять себе само содержание этих критериев. «Внутреннее» — это прежде всего отношение, обуславливающее возникновение ощущаемого предмета, его последовательное развитие, это то, что составляет основу самого предмета. Но рассматривать нужно эти категории одновременно — в их единстве и в противоречии, в их диалектической связи. Внутреннее порождает и определяет внешнее и отсюда во внешнем содержатся черты существенного, внутреннего. Сущность является, а явление существенно. В то же время явление есть внешнее, ощущаемое нами проявление сущности, которая содержит в себе общее, присущее различным явлениям определенной категории, проявляемое в их массе, тогда как явление носит единичный характер. Сущность по отношению к явлению первична, она его причина. Явление — это следствие сущности, момент, форма выражения⁶². Явление — это обнаружение сущности, именно в ходе анализа явлений раскрывается их сущность⁶³.

В. И. Ленин употреблял термин «явление» для обозначения предмета в целом, а не только его поверхностной стороны, как единство его внешней и внутренней сторон, как совокупность окружающих человека предметов и процессов природы⁶⁴. Именно в этом — широком смысле нами употреблено это понятие в определении объективного случая. Вместе с тем мы имеем в виду не только сами явления, но и связь явлений, мы берем действия и события в их отношениях, ибо вне отношений, вне своих свойств они не существуют. Эти отношения, выражающие объективность свойств, объективны, они представляют собой систему различных отношений и так же, как любые вещи,

⁶² См. Б. С. Никитченко. Соотношение сущности и явления в марксистско-ленинской философии. Ташкент, «ФАН», 1966, стр. 88—98.

⁶³ См. Н. К. Вахтомин. О роли категорий сущность и явление в познании. М., Изд. АН СССР, 1963, стр. 76.

⁶⁴ См. Ю. А. Богданов. Сущность и явление. Киев, 1962, стр. 93.

явления не существуют вне отношений с другими явлениями⁶⁵. Эти отношения и связи явлений не отделимы от самих явлений и определяются прежде всего объективным случаем, который, в свою очередь, выражается в них, являясь формой проявления и дополнения необходимости.

Любая материальная система отличается определенным единством и целостностью различных сторон. Однако понятие становится философской категорией, если оно отражает объективные и всеобщие стороны и процессы, имеет свое парное понятие, играет важную роль в общем процессе познания⁶⁶. Такие категории, как «случайность», «случай» не могут оставаться только категориями философских проблем правовой науки, хотя и философия и право являются с точки зрения учения о материальных системах, а также теории элементов и структуры, как отдельные общественные явления, видами подчиненных, относительно самостоятельных систем такой саморазвивающейся материальной системы как человеческое общество⁶⁷. Одни и те же элементы могут входить в разные структуры, проявляя при этом новые свойства. Эти свойства являются способом проявления сторон системы по отношению к другим системам. Нет изолированных в абсолютном смысле систем, между ними всегда имеется взаимодействие.

Философские категории являются всеобщими категориями. Случайность при изменении системы не изменяет свое содержание, свою суть. В разных системах она проявляется по-разному, обнаруживая свою специфику (в этом смысле мы и говорим об объективном случае в праве, в частности в гражданском праве), но будучи всеобщей категорией случайность всегда будет формой проявления и дополнения необходимости, знаменуя собой, как правило, внешнее, единичное; в известном смысле — неустойчивую, непостоянную связь элементов, изменчивость структуры⁶⁸.

* * *

Правильное понимание категорий «необходимость» и «случайность» позволяет верно подойти к сложному вопросу о причинной связи в праве. К. Маркс в одном из своих ранних произведений приводит слова Демокрита: «Я предпочел бы открытие одной новой причинной связи персидскому престолу»⁶⁹.

⁶⁵ См. А. И. Уемов. Вещи, свойства и отношения. М., Изд. АН СССР, 1963, стр. 47—67.

⁶⁶ См. А. Е. Фурман. Материалистическая диалектика. М., Изд. МГУ, 1969, стр. 5.

⁶⁷ См. там же, стр. 15, 16, 20.

⁶⁸ См. В. И. Свидерский. О диалектике элементов структуры в объективном мире и в познании. М., Соцэкгиз, 1962, стр. 57.

⁶⁹ К. Маркс и Ф. Энгельс. Из ранних произведений. М., Госполитиздат, 1956, стр. 36.

Причинная связь — это объективная, существующая вне нашего сознания связь между явлениями внешнего мира. Такова материалистическая точка зрения, в отличие от которой идеалистическая рассматривает причинность как привычку нашего сознания, выводимого из опыта (Д. Юм) или априорное понятие нашего рассудка (Э. Кант).

Буржуазная юриспруденция в основном занимает в вопросе о причинной связи идеалистическую позицию, пытаясь оторвать вопрос о причинной связи в праве от этого вопроса в философии. Марксистская же философия исходит из объективности причинности⁷⁰, на этих же позициях стоит и советская правовая наука, которая отвергает все буржуазные юридические теории причинной связи. В их числе можно назвать и теорию полной равноценности всех предшествовавших сил (условий) во всех ее вариантах, отрицавшую значение случайности как объективной категории, понимавшую необходимость как внешнее сцепление событий. Не меньшую роль играет в буржуазной юриспруденции адекватная теория, в основном поддерживаемая цивилистами. Эта, по существу махистская, теория исходит из типичности причины, иными словами, если «всеобщий опыт» подсказывает, что данное условие может считаться способствующим наступлению данного результата, независимо от индивидуальности конкретного случая, — необходимо считать, что условие адекватно причинило данный результат. В основе адекватной теории причинности лежит идеалистическое, субъективистское представление о ней не как об объективной реальности, проявляемое во взгляде на «всеобщий опыт», подобно «новейшему позитивизму» Маха и Авенариуса. Утверждение, что причинная связь это лишь привычка нашего сознания — по существу ничто иное, как юмовский агностицизм, с чьей бы точки зрения ни давалась оценка: с точки зрения самого субъекта или с точки зрения судьи⁷¹. Эта теория субъективистски подменяет вопрос о наличии или отсутствии объективной причинной связи суждением о вероятности ожидания определенного результата в момент совершения субъектом соответствующего деяния; подменяет понятие причинной связи понятием вины⁷².

Последствия действия субъекта подчинены объективной закономерности материального мира с взаимной связью и переплетением необходимости и случайности. Для выяснения вопро-

⁷⁰ См. Ф. Энгельс. Диалектика природы. М., Госполитиздат, 1955, стр. 183, 184; его же Анти-Дюринг. М., Госполитиздат, 1953, стр. 20; В. И. Ленин. Философские тетради, М., Госполитиздат, 1947, стр. 134, 135, 136.

⁷¹ См. А. А. Пионтковский. Цит. монография, стр. 208, 209.

⁷² Г. К. Матвеев верно указывает, что «вероятность» не может быть совсем отвергнута в практике (см. Основания гражданско-правовой ответственности, стр. 93), но это должно относиться к субъективной плоскости и связано, как показано выше, с категорией риска.

са о причинной связи необходимо исходить из диалектического понимания необходимости и случайности в процессе их развития, из диалектического понимания возможности и действительности⁷³. Необходимая причинная связь создается в результате превращения реальной возможности в действительность. Если последствия не вызывались в данной обстановке закономерным развитием события, если они могли произойти не так, а иначе, не были внутренне присущи данному явлению, налицо случайная причинная связь⁷⁴.

Роль объективной случайности всегда нужно учитывать при решении вопроса о причинной связи одного явления с другим, о последствиях данного явления, но при этом нужно всегда принимать во внимание диалектическую взаимосвязь между необходимостью и случайностью. При всем этом следует всегда учитывать действия субъекта, могущие вызывать различные изменения во внешнем мире, воздействовать на силы природы, вмешиваться в ход событий. А. А. Пионтковский подчеркивает, что действие субъекта «определяет в известном направлении развитие событий, которые если и не приводят к наступлению данного последствия, то лишь потому, что посторонние обстоятельства или действия третьих лиц не дали возможность наступление вреда превратить в действительность»⁷⁵. Цивилисту часто приходится устанавливать причинную связь не всегда между поведением человека и результатом, но и между событиями, от воли человека независимыми.

В правовой литературе много внимания уделяется вопросу о причинных связях при вине, казусе, непреодолимой силе. В причинных связях, в философском учении о каузальности, о случайных и необходимых связях находят ключ к установлению различий между названными категориями. Следует согласиться с мнением, что виновные действия субъекта находятся в объективно необходимой связи с наступившим результатом. Действительно, о вине субъекта мы можем говорить лишь в связи с его действиями, когда причина происшедшего результата коренится в его действиях. Даже в тех случаях, когда основная причина заключается в чем-то другом, в каком-то ином событии, нельзя исключить в качестве причины и виновные действия субъекта. Эти действия всегда можно не совершать, не действовать таким образом, если об их последствиях известно субъекту. Значит, если субъект действовал виновно, его вина с необходимостью приводит к отрицательному результату. Это относится

⁷³ На сходство этих категорий указывает В. А. Тархов (Основания ответственности по советскому гражданскому праву. «Ученые труды Саратовского юридического института, вып. 3, 1969 стр. 67).

⁷⁴ На метод выделения существенных обстоятельств и отделения случайных при решении вопроса судом и арбитражем, указывает Г. К. Матвеев. (Основания гражданско-правовой ответственности, стр. 95, 96).

⁷⁵ А. А. Пионтковский. Цит. монография, стр. 227.

не только к действию, но и к бездействию⁷⁶. Так, в результате того, что шофер по своей небрежности не проверил исправность тормозов, произошла авария. Авария эта явилась необходимым следствием небрежных, т. е. виновных действий шофера.

Заготовительная организация отгрузила по железной дороге фрукты; все меры (калибровка, сортировка, упаковка) были соблюдены, тем не менее получатель зафиксировал недостачу в пределах норм естественной убыли и гниль. Поставщик предвидел и осознавал и недостачу, и неизбежную гниль, вызванную естественными свойствами продукции, и дальностью перевозки. Предотвратить это он не мог, так как произвести отгрузку был обязан. С точки зрения субъективной в этом примере налицо признаки вины, но в отношении недостачи о ней не может быть и речи, поскольку соблюдение норм убыли свидетельствует об отсутствии противоправности. Об отсутствии противоправности свидетельствует и соблюдение поставщиком всех правил (инструкций, ГОСТов) по упаковке, укладке и отгрузке этой продукции. В данном примере действия субъекта с происшедшим результатом связаны объективно случайной связью, действия эти не противоправны, а поэтому не виновны⁷⁷, причина недостачи и гнили заключается в особых свойствах продукции и в характере перевозки.

Человек оценивает возможность спасения утопающего⁷⁸. Он понимает, что спасти его он уже не сможет и не бросается на помощь. Если субъект ошибся в своих расчетах, то его бездействие явится одной из причин гибели человека, это бездействие будет безусловно виновным, с необходимостью приведшим к отрицательному результату. Но если меры по спасению были уже бесполезными и не могли предотвратить несчастный случай, то в бездействии субъекта нет вины, причина наступившего результата не связана с бездействием и налицо объективно случайная связь между этим бездействием и результатом. Прав Г. К. Матвеев, указывая, что нужно идти от причины к вине, и если нет необходимой связи, нет надобности отыскивать вину⁷⁹, ее не будет. Если противоправное действие (бездействие) субъекта с необходимостью привело к осознанному результату или не предотвратило этот результат, эти действия (бездействия) будут виновными. Данный результат именно наступил из-за совершенного умышленно или по неосторожности действия или из-за неосуществленного по вине субъекта действия. Но нельзя отсюда де-

⁷⁶ А. Н. Трайнин заметил, что «причинность как объективное основание ответственности будет всегда там, где действие (или бездействие) человека было одним из необходимых (подчеркнуто нами — В. О.) условий наступления преступного результата». (Учение о преступлении. М., 1941, стр. 58).

⁷⁷ О соотношении вины и противоправности см. ниже.

⁷⁸ По уголовному законодательству ряда республик такая обязанность существует.

⁷⁹ См. Г. К. Матвеев. Основания гражданскоправовой ответственности, стр. 168.

лать вывод, что и действия, совершенные без вины при наличии субъективного случая, должны находиться в объективно необходимой связи с наступившим результатом, только потому, что субъективный случай антипод вины⁸⁰. И дело здесь не в том, что результат мог и не наступить, что он мог быть иным, если бы субъект предвидел или осознавал последствия своих действий. С шофером случился неожиданный обморок и это привело к аварии. Да, если бы шофер предвидел обморок, он мог бы и не выехать из гаража; результат как раз и наступил, видимо, потому, что не было предвидения. Однако независимо от наличия или отсутствия предвидения действия шофера (выезд его в рейс) с необходимостью привели к аварии, хотя эти действия нельзя признать виновными⁸¹. Значит, не в предвидении, не в осознании дело. Кстати, и при вине результат мог быть другим. Форма проявления необходимости всегда является случайной. Авария, происшедшая по вине субъекта, может случиться либо в данный момент, либо в другой, может и вообще не случиться, она может произойти так или иначе. При вине в форме неосторожности результат мог быть иным, если бы субъект предвидел и осознал последствия; правда, он мог и должен был их предвидеть и осознавать, и именно потому, что он не сделал этого, наступили такие последствия. Дело не в форме проявления необходимости, а в необходимых или случайных связях действий субъекта с наступившим результатом.

Итак, какими должны быть эти связи при «казусе?» В приведенном выше примере с обмороком связь эта объективно необходимая. Но возьмем другой пример. Несмотря на все меры предосторожности, проявленные шофером, неожиданно на проезжую часть дороги выскочил пешеход и произошла авария. Она произошла не потому, что шофер не предвидел неожиданного поступка потерпевшего, но происшедший результат не вызывался с необходимостью действиями шофера. К этому же выводу мы должны прийти и в предыдущих примерах, когда исключалась вина субъекта и в отношении гнили, и в отношении спасения утопающего. Волынец назначил Мындрова путевым обходчиком и нарушил режим его работы. По небрежности Мындров попал под поезд. Поведение Волынец необходимое условие, но оно еще недостаточно для причинной связи с результатом. Верховный Суд СССР не принял во внимание поведение Волынца, т. е. эту необходимую связь. Некоторые авторы вводят еще дополнительный критерий — реальную возможность или критерий необходимости, когда результат в конкретных условиях был

⁸⁰ См. Г. К. Матвеев. Основания гражданскоправовой ответственности, стр. 155.

⁸¹ В указанной работе Г. К. Матвеев приводит очень удачный пример обвала породы в шахте в связи с взрывными работами треста на соседней реке для ликвидации ледяного затора. Несчастный случай для треста казус, но это обстоятельство находится с его действиями в необходимой связи. (См. там же, стр. 162, 163).

закономерен, иногда говорят о моменте неизбежности⁸². Но необходимости не присущ момент неизбежности в смысле фатальности (например, удар с неизбежностью приводит к смерти, но она не фатальна — возможно спасение путем своевременного медицинского вмешательства). Последствия, утверждает Т. Л. Сергеева, могут наступить необходимо, если создана реальная возможность их наступления. Но она определяет лишь действие или бездействие, а не причинную связь. Капитан траулера Маевский неправильно принял штурманом Катцова. В результате недисциплинированности последнего произошла авария. Верховный Суд признал, что действия Маевского находились лишь в причинной связи по отношению к нарушению дисциплины штурманом, а не по отношению к аварии⁸³. Лошадь, которой управлял Тихонов, испугалась автомашины, управляемой шофером Гончаровым. Тихонов выпал из саней и умер. Поведение Гончарова объективно случайно по отношению к смерти Тихонова⁸⁴. С убедительностью этих примеров трудно спорить. Они лишний раз показывают, что необходимость может быть только в создании реальной возможности, но связь таких действий с результатом бывает часто объективно случайной. Прежде всего нужно иметь в виду, что причинная связь, когда говорят о действиях, в той или иной степени связанных с результатом, имеется всегда, она не может отсутствовать и когда говорят об отсутствии причинной связи, как, например, в указанном выше определении по делу Катцова. Это означает, что связь не объективно необходимая, а объективно случайная. Из приведенных примеров можно сделать вывод, что при субъективном случае — «казусе» причинная связь между действиями субъекта и наступившим результатом может быть как объективно необходимой, так и объективно случайной, поэтому связь поведения субъекта в зависимости от психического его отношения и к тому и к другому не всегда идентична — вина и казус могут находиться и в разных плоскостях объективных связей. Дело в том, что случайность является и формой проявления необходимости и дополнением ее, если вызвана она действием внутренних факторов, т. е. когда причина происшедшего заключается в нем самом. Это происходит только при необходимых связях. Когда же причина заключается в другом, когда случай вызван лишь внешними факторами — он является только дополнением необходимости. В этом важная особенность случая в правовом смысле⁸⁵.

⁸² См. Т. Л. Сергеева. Вопросы причинной связи в судебной практике по уголовным делам Верховного Суда СССР. «Советское государство и право», № 3, 1950, стр. 28.

⁸³ Т. Л. Сергеева. Цит. статья, стр. 30—33.

⁸⁴ См. там же, стр. 34, 36.

⁸⁵ См. Г. К. Матвеев. Основания гражданско-правовой ответственности, стр. 95. Г. К. Матвеев справедливо отделяет субъективный случай

При виновных действиях причина результата всегда коренится в самой цепи этих действий, она вызывается внутренними факторами. Это же происходит иногда при казусе (пример с обмороком шофера). В таких случаях последствия находятся с действиями субъекта в необходимой связи, а происшедший результат является и формой проявления необходимости и дополнением ее. Когда же последствия происходят не в силу внутренних факторов совершаемых действий, а в результате внешних обстоятельств, когда причина этих последствий заключается не в самой цепи данного ряда, а в другом, — происшедший результат, непреодолимый — объективный случай и его последствия связаны с действиями субъекта (действиями обязательно субъективно случайными) объективно случайной связью⁸⁶.

Необходимость имеет внутреннее основание, вытекает из самой природы вещей и потому при определенных условиях результат неизбежно произойдет, случайность не имеет внутреннего основания, вытекает из внешних (по отношению к данному) стечений обстоятельств и потому он может произойти или может не произойти⁸⁷. Когда он может не произойти, мы и говорим о наличии объективно случайных связей. Именно в этом заключается ответ на вопрос о соотношении субъективных моментов с причинной связью. Машинист Бобылев обвинялся в том, что выдавливание цистерны произошло из-за его действий, заключающихся в превышении скорости. На самом же деле авария явилась следствием другой, внешней причины по отношению к действиям Бобылева, — из-за разницы высоты между центром цистерны и сцепляемого с нею вагона. Действия машиниста являются лишь дополнением к необходимости, вызвавшей аварию⁸⁸.

Каковы же причинные связи при риске как одном из субъективных моментов? Если рассматривать риск с точки зрения макро- или микро- вероятности результата, мы должны прийти к вы-

от объективного, но предлагаемый им принцип их разделения (необходимая и несущественная причинная связь) представляется не совсем точным. (См. Основания юридической ответственности «Советское государство и право», 1971, № 10, стр. 33). Многие юристы необоснованно полагают, что юридическое значение имеют лишь необходимые связи. Иногда же, наоборот, считают, что причинные связи, изучаемые правом, всегда лежат, с философской точки зрения, в области внешней случайности. (См. Советское гражданское право, т. 1, М., Изд-во «Высшая школа», 1968, стр. 489).

⁸⁶ Гегель вообще считал, что случайное имеет основание своего существования не в самом себе, а в другом. (См. Соч., т. 1, Изд-во АН СССР, 1930, стр. 243). Именно на такое философское понимание случая, на различение причинно-необходимых и причинно-случайных связей указывает Л. А. Лунц. (См. И. Б. Новицкий, Л. А. Лунц. Общее учение об обязательстве, стр. 307, 308).

⁸⁷ См. Г. А. Геворкян. Вероятное и достоверное знание. Ереван, 1964, стр. 17.

⁸⁸ См. «Судебная практика», № 3, 1949, стр. 40.

воду о наличии при риске необходимой или, в крайнем случае, какой-то «необходимо — случайной» связи между действиями (бездействием) субъекта и этим результатом. Но дело в том, что риск это не только допущение результата, не только допущение объективного случая, а прежде всего в гражданском праве допущение принятия на себя убытков. Поэтому при риске не стоит вопрос о причинных связях между действиями субъекта и результатом, хотя при «квазивиновных» действиях, когда нет вины и нет казуса и с точки зрения субъективной имеется только риск, следует признать наличие между правомерными действиями и наступившим результатом объективно необходимых связей. При виновном риске налицо также объективно необходимые связи. Что же касается противоположного — положительного ожидаемого результата (допустимого, как исключение, при косвенном умысле), то он связан, как и при косвенном умысле, с действиями субъекта объективно случайной связью, хотя при виновном риске субъект может не только желать, но и активно действовать, способствуя именно положительному результату, чего нет при косвенном умысле. На определенной стадии эти действия могут с необходимостью привести к положительному результату.

Говоря о причинных связях в праве, ссылаются обычно на две плоскости: объективно необходимую и объективно случайную. Ко второй плоскости относят, как правило, только «непреодолимую силу», которую и считают объективным случаем. Противопоставлять субъективные категории объективным — нельзя. Объективный случай теснейшим образом связан с субъективным. Но если второй — это отношение к действиям, то первый иногда сами действия, взятые в отношениях и вызванные ими явления, в которых проявляется или не проявляется необходимость и которые причиняют непреодолимый отрицательный результат. Объективный случай — это и случайность, это круг явлений, корреспондируемый с действиями субъекта. В качестве объективного случая выступают авария, гибель человека, порча продукции, как проявленная необходимость, вызванная субъективно осмысленными, осознанными или не осмысленными, не осознанными действиями субъекта. С точки зрения философской это действительно так, но тогда случай в праве мы отождествляли бы с юридическим фактом и нивелировали бы эти понятия. Как показано выше, специфика правового случая заключается, в частности, в том, что преодоление отрицательного результата оказывается невозможным, что между действиями субъекта и результатом находится непреодолимость, в которой и коренится причина результата. Эта непреодолимость может быть вызвана различными обстоятельствами. При вине нельзя говорить о невозможности преодоления отрицательного результата. Другое дело при «казусе», когда могут отсутствовать необходимые связи между поведением субъекта и результатом и при определенных

обстоятельствах преодоление последствий может даже выходить за пределы возможного.

Когда мы говорим о случайных и необходимых связях, мы имеем в виду эти связи в правовом аспекте. Конечно, здесь имеется определенное отличие от связей природы и общественных явлений. Дело, прежде всего, в указанной выше специфике: связь с действиями субъекта и непреодолимость. Это важно для самой формы проявления этих связей. Кроме этого, право интересуется конкретной, локальной связью действия с результатом этого действия. Это отнюдь не дань теории прямой (непосредственной) причинной связи, а неизбежное выделение из всеобщей связи определенного отрезка причин и следствий от поведения субъекта до вредного результата⁸⁹. При изучении категорий необходимости и случайности в философии они рассматриваются также конкретно, определено в отношении времени и места⁹⁰. Объективный случай в праве — это, как уже отмечалось, круг явлений, в которых с определенной спецификой проявлена и дополнена необходимость, но, с другой стороны, это не только конкретное проявление необходимости, но и один из видов объективной связи в общей цепи, состоящих из отдельных, взятых в отношениях случаев.

Таким образом, со случаем мы сталкиваемся и тогда, когда связь носит объективно случайный характер, но мы сталкиваемся с ним и тогда, когда связь носит объективно необходимый характер, ибо необходимая связь проявляет себя в форме случайности. При объективном случае связи с действиями могут быть случайными и необходимыми. Непреодолимая сила, как мы увидим дальше, — это тот же объективный случай, но случай своеобразный, в том числе и в отношении причинных связей с действиями субъекта, которые всегда объективно случайные.

Объективный случай входит в комплекс категории причинной связи. В рамках этой категории правомерна при определении оснований (условий) гражданско-правовой ответственности постановка вопроса о преодолимости или непреодолимости вреда.

Марксистско-ленинская философия утверждает, что случайность не есть беспричинность, все случайности имеют свои причины, всегда содержат элементы необходимого, в чистом виде их нет. Из всего изложенного следует вывод, что нельзя согласиться с позицией ряда юристов, разделяющих необходимые и случайные связи по принципу редкости или обычности тех либо иных явлений. Различие заключается только в характере,

⁸⁹ См. В. Тархов. Цит. статья, стр. 65.

⁹⁰ См. Г. А. Геворкян. Цит. работа, стр. 14.

существо, закономерности связей. Неправилен подход к этим связям только исходя из вины или казуса. Речь идет не о самих субъективных категориях, а о связи действий, явлений, результата, обусловленных виной или казусом в психическом отношении к ним субъекта. И хотя Г. К. Матвеев придерживается «разделения плоскостей», однако он правильно отмечает, что раскрытие виновности никак не способствует установлению причинности. Эти оба — субъективный и объективный — фактора на практике сочетаются, но это не дает оснований к их отождествлению⁹¹. Совершенно не верно объединять в одну плоскость объективных связей действия и результат этих действий при вине субъекта и при отсутствии таковой. Неправомерным является и отождествление объективного случая и объективных связей с субъективными моментами. Но если рассматривать связи при вине и казусе только между действиями и результатом, то вполне закономерно сопоставление действий, обусловленных виной субъекта или происшедших без его вины, с этими категориями, с точки зрения наличия или отсутствия объективно необходимых и объективно случайных связей. Так, объективный случай — авария — это форма проявления необходимости, вызванная неисправностью тормозов и халатностью шофера, в то же время неисправность тормозов и поступок (действие) шофера, в свою очередь, являются формой проявления другой необходимости и между ними существует определенная связь. Необходимые и случайные связи взаимозависимы и переходят друг в друга. Ф. Энгельс отмечал, что «то, что утверждается как необходимое, слагается из чистых случайностей, а то, что считается случайным представляет собой форму, за которой скрывается необходимость»⁹². Поэтому мы должны говорить о единстве необходимости и случайности.

Как отмечено выше, связи объективного случая с действиями субъекта, а следовательно, с конечным результатом этих действий, могут быть и объективно необходимыми и объективно случайными. Все зависит от того, являются ли они формой проявления и дополнением данной необходимости или только дополнением ее, а формой проявления другой необходимости; иными словами, где лежит причина появления этого объективного случая, как он связан с действиями субъекта⁹³.

⁹¹ См. Г. К. Матвеев. Основания гражданско-правовой ответственности, стр. 168.

⁹² Ф. Энгельс. Л. Фейербах и конец классической немецкой философии. М., Политиздат, стр. 38.

⁹³ Нужно признать, что некоторые юристы сейчас не придерживаются теории необходимой и случайной причинной связи. На первое место выдвигается понятие «необходимое условное», т. е. вновь возрождается теория „*conditio sine qua non*“. (См., например, Т. В. Церетели. Причинная связь в уголовном праве. М., Госюриздат, 1963, стр. 178 и далее). Выдвигается и теория непосредственной причины (См. В. И. Кофман. Границы юридичес-

§ 7. Непреодолимая сила ¹

Пожалуй трудно найти другую такую категорию в гражданском праве, по которой имелось бы такое множество определений. Т. М. Яблочков еще в 1911 году указывал, что непреодолимая сила — это один из загадочных институтов гражданского права и чем дальше, тем больше он не приближается к *communis doctrinae opinio* ², т. е. к обыкновенному научному понятию. Б. С. Антимонов ссылается на высказывание по поводу этой категории, как на «шапку, которая покрывает все», как на неопределенный термин, включающий в себя большое количество взаимоисключающих друг друга теорий и взглядов ³.

Как подчеркнула Т. Б. Мальцман, — века не внесли ясности и четкости в этот вопрос и споры продолжаются ⁴. Данное понятие было известно еще римскому праву. Ученые выдвинули две главные теории непреодолимой силы — субъективную и объективную. Одним из создателей субъективной теории являлся Гольдшмидт. Приверженцы ее считают, что непреодолимая сила имеет место тогда, когда причинитель не мог преодолеть препятствий, несмотря на его самую максимальную старательность. Вторая теория исходит из иного взгляда, ее приверженцы считают, что непреодолимая сила — это необычное стихийное явление внешнего порядка, сопротивляться которому человеческими силами невозможно. Апологетом второй теории считают Экспера, который полагал, что непреодолимая сила — это очевидная невероятность вины, событие, которое является внешним и общеизвестным (бомбардировка, удар молнии, землетрясение), ибо только при общеизвестности достоверна чрезвычайность события ⁵. Несколько позднее появилась на свет третья теория непреодолимой силы, занимающая промежуточное, «центристское» положение, пытающаяся примирить первые две теории. Возглавлял это течение в свое время Эннексерус, который рассматривал непреодолимую силу как такого рода событие, которое хотя и происходит извне, но предотвратить

ки значимого причинения. «Правоведение», 1960, № 3, стр. 44—58). Как видно из всего изложенного мы придерживаемся другой концепции, а дискуссия по этому вопросу выходит за рамки данной работы.

¹ Параграф изложен кратко, так как по данному вопросу автором подготовлен ряд статей, в том числе «Теории и определения непреодолимой силы».

² См. М. Я. Пергамент. Война и «непреодолимая сила». «Право», № 36, 1914, стр. 2522.

³ См. Б. С. Антимонов. Гражданская ответственность за вред, причиненный источником повышенной опасности. М., 1952, стр. 127.

⁴ См. Т. Б. Мальцман. Ответственность за вред, причиненный источником повышенной опасности. Кандидатская диссертация, стр. 82.

⁵ См. Я. А. Каиторович. Война и исполнение обязательств, стр. 43.

вредоносное действие которого нельзя, несмотря на принятые меры, продиктованные разумным отношением к делу⁶.

Как указывал Ю. Барон, в римском праве непреодолимую силу считали особым, квалифицированным видом случая. Ссылаясь на источники римского права, он отмечает, что непреодолимую силу (*vis maior, casus maior, casus fortuitus, damnum fatale*) рассматривали как непреодолимый случай (*casus quibus resisti non potest*)⁷. Попытки дать определение непреодолимой силе были предприняты и русскими дореволюционными учеными. В. Л. и В. В. Исаченко различали две разновидности непреодолимой силы: первую, — которая может быть предвидена и вторую, — которая предвидена быть не может. Они указывали, что некоторые физические явления бывают столь неожиданны и необыкновенны, что никто не может предвидеть их наступления (разлив реки от чрезвычайных дождей в необыкновенное время года); наступление же других периодически повторяющихся событий (наводнение в обычное время) может быть всегда предугаданно, ввиду чего вполне возможно своевременное принятие мер и предотвращение вреда⁸. Авторы стояли на позиции объективной теории; предпринятое ими разделение непреодолимой силы вряд ли оправдано, ибо если отрицательный результат события может быть предотвращен, нет никакой непреодолимой силы.

Субъективной концепции в вопросе о непреодолимой (как он называл «неодолимой») силе придерживался И. М. Тютрюмов, который относил ее к особому случаю — событию, которое не могло быть предупреждено и предотвращено теми средствами, которыми должен был обладать данный субъект. Более того, автор полагает, что наличие фактора непредотвратимости события недостаточно, необходимо, чтобы лицо не могло своевременно предвидеть эти события и действия⁹.

В зарубежной правовой литературе большинство авторов стоит на позициях объективной теории. Например, Colin и Capitant определяют непреодолимую силу как абсолютную невозможность предотвращения препятствия, которое не может быть предвидено. К внешним событиям относит непреодолимую силу (*Act of God*) английская юриспруденция. Вообще же английское право не знает общего понятия случая и непреодолимой силы, говоря лишь о различных событиях (действия *King's enemies* — «врагов короля»)¹⁰. Некоторые зарубежные авторы считают не-

⁶ См. М. Я. Пергамент. Цит. работа, стр. 2524.

⁷ См. Ю. Барон. Система римского гражданского права, кн. IV, СПб, 1910, стр. 83.

⁸ См. В. Л. Исаченко, В. В. Исаченко. Обязательства по договорам, т. 1, СПб, 1914, стр. 367.

⁹ См. И. М. Тютрюмов. Гражданское право. Юрьев, 1922, стр. 334, 336.

¹⁰ См. Т. Б. Мальцман. Цит. диссертация, стр. 91, 92.

преодолимую силу невозможностью исполнения при отсутствии вины дебитора¹¹. Субъективные теории зарубежных авторов имеют различные ответвления: абсолютную (предотвращение вообще невозможно), относительную (предотвращение возможно лишь с подрывом экономической базы), конкретную (в данном случае) и типичную (обычная непредотвратимость при подобных обстоятельствах).

Среди советских юристов также не было и нет единого взгляда на эту правовую категорию. Судебная практика (определение ГКК Верховного Суда РСФСР от 22 мая 1925 года и др.) подчеркивает относительность понятия непреодолимой силы, это находит отражение и в правовой литературе, которая указывает на необходимость учета ряда условий и обстоятельств¹². На объективной позиции в отношении непреодолимой силы стоял Х. И. Шварц, который полагал, что непредотвратимость — это невозможность воспрепятствовать какому-либо действию, которая может произойти из-за вмешательства внешней непреодолимой силы¹³. Еще раньше объективной позиции придерживались И. П. Либба и другие авторы¹⁴.

Подробный анализ существовавшим теориям непреодолимой силы дал А. В. Венедиктов, который полагал, что это понятие являлось специфической категорией буржуазного права, связанной с формально абстрактным подходом к конкретным правовым отношениям, т. е. обстоятельством, вызывающим независимо от вины должника невозможность исполнения договора (случай в широком смысле слова)¹⁵. К одной из разновидностей объективных теорий автор относит и теорию «профессионального риска» — редко встречающиеся события, которые не могут быть учтены предпринимателем (риск лежит на предприятии и в калькуляцию не входит)¹⁶. А. В. Венедиктов приходит к выводу, что вместо понятия «непреодолимая сила» нужно установить конкретный перечень важнейших препятствий, что устранит всякий абстрактный подход к данному вопросу¹⁷. Необходимость этой категории отрицал А. А. Каравайкин¹⁸.

¹¹ См. Planiol et Ripert. Traite pratique de droit civil. Paris, 1921, p. 531, 555 etc; Троян Ионашку. Некоторые вопросы исполнения и непреодолимой силы в связи с международными договорами купли-продажи... Bucuresti, 1960, p. 587—607, и др.

¹² См. П. И. Стучка. Курс советского гражданского права. М., Изд. Ком. академии, 1929, стр. 239.

¹³ См. Х. И. Шварц. Значение вины в обязательствах из причинения вреда. М., Госюриздат, 1939, стр. 16, 51.

¹⁴ См. И. В. Либба. Ответственность железных дорог за целостность груза и срочность доставки. М., «Транспечать», стр. 99, 100.

¹⁵ См. А. В. Венедиктов. Договорная дисциплина в промышленности. Л., Изд. Леноблисполкома, 1935, стр. 166.

¹⁶ См. А. В. Венедиктов. Указ. монография, стр. 167, 168.

¹⁷ См. там же, стр. 179. Критику этого вывода см. у Б. С. Антимова. Цит. монография, стр. 167.

¹⁸ См. А. А. Каравайкин. Исполнение договоров. М., 1934.

Представляется, что именно установление какого-либо перечня привело бы к формализму в решении вопроса об освобождении от ответственности. Не случайно поэтому, при оценке подобного перечня в транспортных уставах, многие авторы и судебная практика считают его лишь примерным, подлежащим расширительному толкованию. Однако дело не в юридических понятиях, а в недопущении ни формального, ни абстрактного подхода к ним. И то, что «непреодолимая сила» взята на вооружение буржуазной юриспруденцией отнюдь не означает, что она не применима в советском праве, но, конечно, при принципиально отличном подходе к явлениям и событиям, относящимся к этой категории. Большинство советских юристов не ставит вопрос об исключении этого понятия, хотя и расходятся в его определении, подвергая критике то объективную, то субъективную теории непреодолимой силы. Так, Г. Н. Амфитеатров полагает, что непреодолимая сила это событие, которое не может быть предотвращено даже мерами особой предусмотрительности или усиленной заботливости¹⁹. М. М. Агарков прежде всего отрицает возможность такого критерия как «внешнее событие», ибо при применении тогда непреодолимой силы к источнику повышенной опасности нет просто надобности в этой категории, поскольку причинение вреда не самим источником исключает всякую постановку вопроса об ответственности²⁰. Оспаривая эту точку зрения, Л. А. Лунц указывает, что нельзя так примитивно понимать критерий «внешности», что нужно исходить из причинной связи, имея в виду, что при непреодолимой силе всегда налицо случайное сцепление обстоятельств²¹. М. М. Агарков считает, что непреодолимая сила представляет собой событие, не отвратимое никакими возможными мерами²². Это определение было встречено неодобрительно со стороны многих ученых. По мнению Б. С. Антимонова, точка зрения М. М. Агаркова на непреодолимую силу это по существу та же субъективная теория, которая вводит для непреодолимой силы абстрактный критерий «самого осмотрительного человека», в отличие от «среднего человека», для простого случая²³. Позже М. М. Агарков изменил свою позицию, подвергнув критике субъективную теорию непреодолимой силы, указав, что непреодолимая сила означает невозможность предотвращения события вообще в данном обществе с учетом состояния техники и хо-

¹⁹ См. Г. Н. Амфитеатров. Иски собственников о возврате принадлежащего им имущества. М., Госюриздат, 1945, стр. 14.

²⁰ См. Учебник гражданского права для вузов, т. 1, 1966, стр. 340.

²¹ См. И. Б. Новицкий, Л. А. Лунц. Общее учение об обязательстве, М., 1950, стр. 361.

²² См. «Гражданское право», ч. 2, 1938, стр. 404.

²³ См., Б. С. Антимонов. Цит. монография, стр. 168—176.

заяства в данный период времени²⁴. С. Н. Братусь, отмечая в свое время отсутствие исчерпывающей разработки категории непреодолимой силы, сам придерживался теории исключительности (к нормальному ходу вещей), соединяя этот критерий с критерием субъективной теории (непредотвратимость даже при повышенной заботливости)²⁵.

О. С. Иоффе определяет непреодолимую силу как «чрезвычайное обстоятельство, которое непредотвратимо для данного лица всеми доступными для него средствами, хотя бы оно и знало о наступлении этого события»²⁶. Это определение не связывает непреодолимую силу с ее воздействием на многих лиц, с обязательным предвидением ее; критерием здесь являются лишь непредотвратимость и чрезвычайность. Автор таким образом признает объективный характер этой категории, исключает обязательное наличие субъективного момента — непредвидения, но все же присоединяется к приверженцам субъективной теории, имея в виду «данное» лицо и использование им всех доступных средств.

Г. К. Матвеев видит ошибки как субъективной, так и объективной теорий в их понимании причинной обусловленности либо идеалистически (предвиденность), либо механистически (по внешним и внутренним связям). Он полагает, что «непреодолимая сила» как понятие, не связанное с субъективным моментом вины, лежит в плоскости объективно случайных связей между деятельностью причинителя и вредом»²⁷. Эту концепцию в свое время выдвинул Д. М. Генкин, указавший, что казус — простой случай лежит в ряду понятия виновности как отрицательное понятие, и оба они находятся в ряду необходимой причинности, а непреодолимая сила находится в ряду случайной причинности²⁸. К этой точке зрения в принципе присоединяется и Б. С. Антимонов. Автор указывает, что если в причинении вреда обнаруживается вина, практически бесполезен вопрос о непреодолимой силе²⁹. Этот вывод бесспорен, однако, на наш взгляд, нельзя смешивать различные основания ответственности: вину и причинную связь, тем более нельзя понимать вину как объективную категорию, а в приведенных примерах автор именно так ее и рассматривает (предприятие виновно, так как могло сохранить

²⁴ См. М. М. Агарков. К вопросу о договорной ответственности. «Вопросы советского гражданского права». М., 1945, стр. 121.

²⁵ См. С. Братусь. Некоторые вопросы науки гражданского права и судебной практики по гражданским делам в период Отечественной войны. «Социалистическая законность», № 11, 1944, стр. 35.

²⁶ О. С. Иоффе. Обязательства по возмещению вреда. Л., Изд-во ЛГУ, 1952, стр. 49.

²⁷ См. Г. К. Матвеев. Вина в советском гражданском праве, стр. 88, 89.

²⁸ См. Во Всесоюзном институте юридических наук. «Советское государство и право», № 11, 1949, стр. 73.

²⁹ См. Б. С. Антимонов. Цит. монография, стр. 90.

полагает, что критерий внешности явно недостаточен (внешними могут быть и кража и ураган), а критерий чрезвычайности исключительно не определен³⁰. Автор относит к непреодолимой силе только природные явления стихийного порядка, сочетая их с критерием «предвидения и предотвращения», смысл которого заключается в том, что причинение вреда непреодолимой силой должно произойти «без сопутствующей вины обязанных лиц»³¹.

В. А. Туманов считает принципиально не правильным с точки зрения философской деление отношений на причинно-случайные и причинно-необходимые, ибо случайность это форма проявления необходимости. О. С. Иоффе полагает, что сведение непреодолимой силы к случайной причинной связи является теоретической ошибкой, так как от познания характер причинной связи не изменится и после распознавания объективно случайная связь остается случайной, а значит и непреодолимой силой³². По мнению автора, события, неблагоприятная обстановка и есть непреодолимая сила, но они обуславливают действия человека, которые могут и сами по себе выступать как непреодолимая сила.

Специальную статью понятию непреодолимой силы в свете новых Основ гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик посвятил Г. К. Матвеев. Он не меняет своей позиции, высказанной в монографии о вине, по-прежнему считая, что непреодолимая сила не связана с субъективным моментом виновности и лежит «в плоскости связей между сферой деятельности причинителя и вредом»³³. Автор отмечает главные черты, характеризующие непреодолимую силу как правовую категорию, указывая, что она служит границей безвиновной ответственности, тогда как казус — граница виновной ответственности³⁴.

Критику субъективной и объективной теорий непреодолимой силы дает Н. И. Коняев. Однако ссылка автора на экономическую оправданность мер для предотвращения вреда весьма неопределенна³⁵. Экономическая невыгодность может привести к нецелесообразности и невозможности в связи с этим какого-либо исполнения, но никак к непредотвращению вреда, точнее —

³⁰ См. В. А. Туманов. Цит. диссертация, стр. 124, 132, 133.

³¹ В. А. Туманов. Цит. диссертация, стр. 143.

³² См. О. С. Иоффе. Ответственность по советскому гражданскому праву, стр. 194.

³³ Г. К. Матвеев. О понятии непреодолимой силы в советском гражданском праве. «Советское государство и право» № 8, 1963, стр. 96.

³⁴ См. Г. К. Матвеев. Цит. статья, стр. 104, 105.

³⁵ Н. И. Коняев. Основания освобождения владельца источника повышенной опасности от ответственности за причинение вреда. «Труды ВЮЗИ», т. VIII, М., 1967, стр. 100—104.

она не может означать непреодолимость силы. Недопустима и дача определения категории непреодолимой силы для разных институтов гражданского права. Большинство авторов не оспаривает объективный характер данной категории. Этот момент подчеркивает П. Г. Семенов³⁶, но автор вводит в свое определение, хотя и в негативном виде, субъективный момент вины, заменяя объективный момент «непреодолимости» — «неизбежностью», но суть от этого не меняется. Его определение не может все же ответить на основной вопрос: где же критерий именно непреодолимой силе? Не случайно, что П. Г. Семенов допускает иногда безмерное расширение этой категории — вплоть до задержки пригородных поездов, даже без ссылки на причину таковой. Введение в определение непреодолимой силы указания на отсутствие вины так же бессмысленно, как и отождествление этой категории с отсутствием необходимой причинной связи с наступившим вредом³⁷.

Определение непреодолимой силе дано не только в литературе, но и в законодательстве. Так, в ст. 85 ГК РСФСР под непреодолимой силой понимается «чрезвычайное и непредотвратимое при данных условиях событие». Но это определение не может ответить на вопросы: что понимать под чрезвычайностью, как понимать непредотвратимость, как понимать различие между случаем и непреодолимой силой? Поэтому и в литературе, и в практике продолжают различия в применении этой категории.

Некоторые ученые, как мы указывали, пытаются ограничить непреодолимую силу природными стихийными явлениями. Особенно активно эту позицию поддерживал С. С. Алексеев, который считал, что целесообразно изменить саму постановку вопроса об этой категории и рассматривать ее только как явления стихийного характера³⁸. Другие — допускают явно расширительное толкование этой категории. Особенно широко трактуется непреодолимая сила в международных торговых контрактах. Под это понятие подводится война как таковая, а также блокада, восстание, запрещение вывоза³⁹. Однако в некоторых контрактах непреодолимая сила отделяется от замерзания, локаутов, забастовок и т. п. случаев⁴⁰. Вообще оговорка о стачке в договорах, заключаемых в капиталистических государствах, играет

³⁶ См. П. Г. Семенов. Категория «непреодолимой силы» в советском праве. «Советское государство и право», № 10, 1956, стр. 38.

³⁷ См. А. М. Белякова. Возмещение вреда, причиненного источником повышенной опасности. М., МГУ, 1967, стр. 42.

³⁸ См. С. С. Алексеев. Гражданская ответственность за невыполнение плана железнодорожной перевозки грузов. М., 1959, стр. 102, 103.

³⁹ См. А. Ф. Волков. Международные хлебные контракты. Изд. А/О Экспортлес, М., 1927, стр. 219, 229, 297, 335.

⁴⁰ См. там же, стр. 219, 250 (контракт Копенгагенской биржи, 1922 г. (274), контракт Антверпенской биржи, 1914 г.).

немалую роль, этим вуалируются социальные причины, вызвавшие ее⁴¹.

С большими сложностями столкнулась наша практика в годы Отечественной войны в связи с тем, что в транспортных уставах как на обстоятельство, освобождающее от ответственности, имелась ссылка лишь на стихийные явления, а войну нельзя было признать стихией. Но и практика в конце концов и теория встали на путь допущения возможности постановки вопроса о войне как о непреодолимой силе, но лишь тогда, когда сторона попадает под воздействие военной силы⁴².

* * *

Большинство даже тех юристов, которые придерживаются субъективной концепции в отношении непреодолимой силы, признают объективность этой категории. Более того, те ученые, которые случай отождествляют только с отсутствием вины, непреодолимую силу признают объективным случаем⁴³, но иногда встречается еще отождествление субъективного казуса с непреодолимой силой⁴⁴. Не все юристы, однако, полагают, что существует какое-либо различие между объективным случаем и *force majeure*, что эта категория существует наряду с объективным случаем. Такую — крайнюю позицию занимает малочисленная группа ученых. Решительно отвергая необходимость сохранения в советском праве категории «непреодолимой силы», А. А. Каравайкин считает её относительным понятием, не имеющим никакого критерия, ибо к ней можно отнести все, что угодно — вплоть до солнечного затмения, включая и неподвоз топлива,

⁴¹ См. С. К. Май. Очерк общей части буржуазного обязательственного права, 1953, стр. 127.

⁴² См. С. В. Минц. Договорные обязательства в условиях военного времени. «Учен. записки ВИЮН», вып. 3, М., 1944, стр. 96; см. опубликованные в тех же Ученых записках статьи: Д. М. Генкина. Великая Отечественная война и вопросы гражданского права (стр. 21); Г. Н. Амфилова — Война и вопросы виндикации (стр. 53); К. К. Яичкова — Значение ссылки на войну в гражданском деле (стр. 38). См. также: Д. М. Генкин, В. И. Серебровский, Г. К. Москаленко. Судебная практика по гражданским делам в период войны, М., Госюриздат, 1943, стр. 4; П. Е. Орловский. Практика Верховного Суда СССР по гражданским делам в условиях Отечественной войны. М., Госюриздат, 1944, стр. 22, 23; С. Н. Братусь, П. Е. Орловский. Значение ссылки на обстоятельства военного времени по делам о перевозках. «Социалистическая законность», № 11—12, 1942, стр. 12; П. Е. Орловский. Исполнение договорных обязательств в условиях войны. «Социалистическая законность», № 3—4, 1942, стр. 11.

⁴³ См., например, М. Х. Фарукши. Вопросы общей теории юридической ответственности, «Правоведение», № 4, 1969, стр. 34; Г. К. Матвеев, Основания гражданско-правовой ответственности, стр. 84.

⁴⁴ См. Г. К. Матвеев, там же, стр. 73, 74.

и аварии на предприятиях, и неподачу вагонов, и т. п.⁴⁵ А. В. Венедиктов считает необоснованным деление всех обстоятельств, вызывающих независимо от вины невозможность исполнения договора (случай в широком смысле слова), на две категории: простой случай (случай в узком смысле слова) и непреодолимую силу (случай квалифицированный). Автор утверждает, что всякие попытки разграничить эти категории приводят к применению формально-абстрактных критериев: максимальная заботливость, внешнее происхождение, необычность и т. п.⁴⁶ А. В. Венедиктов отмечает, что признание относительности категории непреодолимой силы ставит знак равенства между ней и случаем в узком смысле слова, он полагает, что для договорных отношений разграничение между таким случаем и непреодолимой силой лишено практического значения, поскольку до просрочки ответственность не наступает, а после просрочки наступает в равной мере и за то и за другое. Автор подчеркивает, что в тех исключительных случаях, когда исполнение окажется действительно невозможным, отнюдь не требуется использование чуждых советскому законодательству категорий⁴⁷. Он считает необходимым установить конкретный перечень важнейших препятствий к исполнению, не делая абстрактную отсылку к непреодолимой силе⁴⁸.

М. Зимелева подчеркивает, что в буржуазной догме «случай» отличается непредвиденностью, это событие трудно предотвратимое, у нас же случай означает границу неосторожности как низшей степени вины и пределом ответственности является только непреодолимая сила⁴⁹. Т. С. Хаскина, рассматривая деликтный вред, полагает, что нет необходимости в отделении случая от непреодолимой силы, ибо различие между статьями 403 и 404 Гражданского Кодекса (имеется в виду прежний ГК РСФСР) в различных требованиях предвиденности, а если субъект не мог предвидеть, то он освобождается от ответственности в обоих случаях⁵⁰. Одно время отрицал необходимость такого разграничения и О. С. Иоффе, точку зрения которого по этому вопросу подверг критике Г. К. Матвеев, считавший, что ученый игнорировал объективность случая, сводя его к субъективной невозможности⁵¹. О. С. Иоффе предлагал убрать понятия «случай» и «непреодолимая сила» из науки гражданского права, ибо деление случая на две разновидности нельзя ни обосновать, ни

⁴⁵ См. А. А. Каравайкин. Цит. работа, стр. 52.

⁴⁶ См. А. В. Венедиктов. Цит. монография, стр. 166—168.

⁴⁷ См. там же, стр. 175.

⁴⁸ См. там же, стр. 178.

⁴⁹ См. М. Зимелева. Договор бытового подряда. «Проблемы социалистического права», № 4, 1938, стр. 78, 79.

⁵⁰ См. Т. С. Хаскина. Основные начала ответственности за внедоговорный вред по советскому гражданскому праву. Канд. диссертация, Л., 1949, стр. 238.

⁵¹ См. Г. К. Матвеев. Вина в советском гражданском праве, стр. 85.

оправдать, так как в обоих случаях отсутствует возможность предвидения. Он считал, что устранение деления между случаем и непреодолимой силой в теории и законодательстве ведет к отождествлению понимания «случая» в гражданском праве с философским его понятием; это отвечало бы практическим потребностям, а решающее значение имело бы субъективное отношение лица к действиям и их результату⁵².

В последующих работах О. С. Иоффе отказывается от этой точки зрения и дает свое определение непреодолимой силе как правовому понятию, которое приводилось выше. С этим определением не соглашается М. И. Брагинский, полагающий, что если исходить из определения О. С. Иоффе, то за границами непреодолимой силы будет вина, тогда как антипод вины простой случай; тем самым стирается как бы грань между непреодолимой силой и простым случаем. Автор считает, что нужно отказаться от упоминания непреодолимой силы, когда речь идет об ответственности владельца источника повышенной опасности, ибо по существу все сводится к наличию или отсутствию причинной связи между деятельностью этого источника и наступившим результатом⁵³.

Большинство юристов, в том числе и советских, считают, что непреодолимая сила существует наряду со случаем. Мы ссылались уже на перечень, который приводил Ю. Барон, излагая систему римского гражданского права. Грань между указанными им случаями проходила по схеме обычности и необычности. На единственный критерий — «чрезвычайность» указывает С. А. Беляцкий, полагавший, что чрезвычайность — это и неприятельские акты, если они носят печать стихийности, и раздувавший вначале весело паруса морской ветер. Он считает, что вся суть *vis major* в исключительности и необычности явлений, в размахе, а не в происхождении их; попытка найти уточненный критерий приводит к затемнению и неясности⁵⁴. Событие могло предвидеться, но вредные последствия — не предвидены и не могли быть предотвращены и, наоборот, по утверждению Я. А. Канторовича само событие могло не предвидеться. Область случайного весьма обширна: начиная от обыденного случая в жизни и кончая чрезвычайным стихийным явлением. Отсюда, по его мнению, «случай» это родовое понятие (в смысле противоположном вине), оно неделимо, однако, для удобства своих конструкций право расчленяет случай на простой и чрез-

⁵² См. О. С. Иоффе. О некоторых теоретических вопросах науки гражданского права. «Вестник ЛГУ», № 3, 1948, стр. 94.

⁵³ См. М. И. Брагинский. К вопросу об ответственности за чужие действия по советскому гражданскому праву. «Труды ВЮЗИ», т. 1, М., 1961, стр. 51, 52.

⁵⁴ См. С. А. Беляцкий. Гражданский оборот, непреодолимая сила и война. «Вестник гражданского права», № 3, 1915, стр. 61, 62. Эта позиция автора встретила критику еще в свое время. (См. рецензию Б. А. Лапицкого в «Юридическом вестнике», кн. XII, 1915, стр. 180).

вычайный. Различие это — в чрезвычайности, внешности, общеизвестности, которые и являются квалифицирующими признаками⁵⁵. Одновременно автор отмечает, что объективная концепция непреодолимой силы и принцип вины делают бесцельным различием между *casus* и *vis major*, а усиление ответственности в некоторых случаях может быть объяснено не по признакам различия между ними, а по началу риска, ибо целесообразно, чтобы опасные предприятия несли на себе весь риск, связанный с их эксплуатацией, рискованым характером договоров объясняется также усиленная ответственность хранителей⁵⁶. В. Б. Ельшевич полагает, что установление ответственности за случай и отсутствие ее за непреодолимую силу свидетельствует о необходимости разделения этих категорий⁵⁷. А. Вормс, оспаривая эту точку зрения, указывает, что такое различие в случаях лишь условно и вполне возможно принятие на себя риска и за случаи, которые относятся к форс-мажору. Он видит различие между этими категориями в исключительном характере события⁵⁸.

Отличают случайные события (крушения, пожар) от непреодолимой силы — неожиданных природных явлений В. Л. и В. В. Исаченко. Они допускают наличие вины субъекта, если, например, просрочка наступила под воздействием непреодолимой силы и случая. При этом авторы считают, что случайное событие это такое, которое нельзя предвидеть и предотвратить⁵⁹. Отделяет непреодолимую силу от других случайных явлений и И. М. Тютрюмов. Он относит к случаям пожар, молнию, крушение судна, выделяя отдельно непреодолимую силу. Но такое перечисление случаев без указания причин их возникновения ничего не дает. Правда, автор все же определяет и случай (событие, которое не могло быть предусмотрено и предотвращено), и непреодолимую силу (она устраняет вопрос о вине и всегда освобождает от ответственности, даже если наступление этой силы предвиделось)⁶⁰. Поскольку в обоих случаях обычно следует освобождение от ответственности, И. М. Тютрюмов вводит дополнительные критерии для различия: непреодолимая сила, утверждает он, это более очевидное событие, которое исключает возможность сомневаться в невиновности субъекта, тогда как при случае возникает почти всегда фактическое предположение его виновности⁶¹. С. А. Беляцкий же считает, что простой случай возникает без вины и воли субъекта в силу стечения

⁵⁵ См. Я. А. Канторович. Цит. работа, стр. 41—43, 55.

⁵⁶ См. там же, стр. 47, 49; см. его же. Основные идеи гражданского права. Харьков, 1928, стр. 112.

⁵⁷ См. В. Б. Ельшевич. Война и гражданский оборот, 1914, стр. 13.

⁵⁸ См. А. Вормс. Война и «форс-мажор». «Вестник права», № 38, 1914, стр. 111.

⁵⁹ См. В. Л. и В. В. Исаченко. Цит. соч., стр. 368, 371.

⁶⁰ См. И. М. Тютрюмов. Цит. соч., стр. 338.

⁶¹ См. там же, стр. 100.

обстоятельств. Он отмечает, что в праве еще доминирует положение, согласно которому верители делятся на привилегированных, теряющих свои требования только при «*vis major*» и на рискующих своими требованиями даже при любом «простом казусе», происходящем с неисправным должником⁶².

В большинстве гражданских кодексов буржуазных государств и случай (*cas fortuit*) и непреодолимая сила (*force majeure, vis major*) равно противоположны вине и не отличаются друг от друга (например, статьи 1302, 1825, 1929 и др. Французского Гражданского Кодекса)⁶³. Так, например, в ст. 1148 этого Кодекса говорится о воспрепятствовании исполнению из-за непреодолимой силы и случая; в ст. 1147 говорится просто о посторонней причине (*cause étrangère*), которая не может быть поставлена в вину. Английское право, не упоминая ни то, ни другое понятие, иногда говорит о «божьем упущении» (*Act of God*), имея в виду, что событие от субъекта не зависит (*over control*), например, при морской перевозке действия «врагов короля» (*King's enemies*). Германское право, хотя практически смешивает оба эти понятия, однако в законодательстве различает случай (*Zufall*) и непреодолимую силу (*höhere gewalt*)⁶⁴. Некоторые буржуазные авторы отходят от взгляда на непреодолимую силу и случай как на синонимы и вводят признаки их различия. Так, появился взгляд, что случай — это препятствие в хозяйственной сфере должника, а непреодолимая сила — это постоянная сила; кое-кто считает случай относительной, а непреодолимую силу абсолютной невозможностью исполнения для любого субъекта⁶⁵. Эти взгляды перекликаются с субъективной и объективной теориями непреодолимой силы. На необходимость различения этих понятий указывают такие французские юристы, как Жоссеран, Таллер и другие⁶⁶. Но были и высказывания иного рода. Так, Г. Герт полагал, что в праве нет превосходных степеней невозможности, поэтому нет необходимости делить «случай» с учетом того, что непреодолимая сила является каким-то более сильным и неотвратимым явлением, правда, он допускал отделение каких-то случайных явлений от других путем придания им особого значения в результате включения их в специальный перечень⁶⁷.

В советской правовой литературе еще в двадцатые годы развернулась полемика о необходимости сохранения категории непреодолимой силы. Некоторые авторы, как было указано выше,

⁶² См. С. А. Беляцкий. Частное право в основных принципах. Каунас, 1928, стр. 409.

⁶³ См. Французский Гражданский Кодекс. М., Госюриздат, 1941.

⁶⁴ См. И. С. Перетерский. Цит. статья, стр. 118, 119.

⁶⁵ См. С. К. Май. Цит. монография, стр. 129.

⁶⁶ J o s s e r a n d. Les transports, 1910, p. 570; T h a l l e r. Traité élémentaire de droit commercial, 1930, p. 1198.

⁶⁷ G. Gerth. Der Begriff der vis major im römischen und Reichsrecht, Berlin, 1890.

полностью отвергали эту категорию, но были и другие взгляды. В. Бошко в одном из выступлений в 1927 году полемизировал с мнением о ненужности категории «непреодолимой силы», поскольку можно предвидеть и поломку и атмосферные явления; по его утверждению, можно отказаться от непреодолимой силы в субъективном смысле, но нельзя игнорировать объективный критерий непреодолимости⁶⁸. На условность и изменчивость обоих понятий — случая и непреодолимой силы указывал Я. М. Магазинер. Он считал случай оценкой действий человека, который определялся по тому, насколько субъективно правильно действовало лицо, оказавшееся во вредоносной цепи событий, а непреодолимую силу — квалификацией внешних, противостоящих человеку сил (насколько объективно велико было действие силы, противостоявшей действиям человека). Автор подчеркивал сходство между этими понятиями: оба создают непредотвратимость вреда, который они причиняют⁶⁹. Таким образом, случай, по Я. М. Магазинеру, — это субъективная категория. П. И. Стучка указывал, что непреодолимая сила в литературе получает узкое толкование как сила, резко отличающаяся от простого случая⁷⁰. Различали авторы эти категории и по признакам стихийности событий, и по их безусловности, абсолютности (например, обвал на железной дороге является непреодолимой силой, так как нельзя требовать, чтобы при ее постройке были скрыты все соседние горы)⁷¹. Х. И. Шварц различал непреодолимую силу и случай, исходя из критерия непредотвратимости: 1) при непреодолимой силе — человек не в состоянии воспрепятствовать данному действию; 2) при случае — человек не может ему воспрепятствовать ввиду того, что существовавшая вероятность этого действия была слишком малозначительна. Но автор полагал, что вопрос о различии между непреодолимой силой и случаем связан со спорами приверженцев объективной и субъективной концепций. В первом случае играет роль признак внешности (на этой позиции стоит сам автор), во втором — в качестве критерия выступает максимальная заботливость⁷². Если придерживаться точки зрения автора в отношении непредотвратимости, то такие события, как наводнения, землетрясения и т. п., иногда предвидимые, но часто маловероятные, будут только «случаем». В литературе известно различие между этими категориями, основанное на обычности, типичности событий

⁶⁸ См. В Киевском отделении УЮРО, «ВСЮ», 1927, № 11—12, стр. 432.

⁶⁹ См. Я. А. Магазинер. Цит. соч., стр. 364.

⁷⁰ См. П. И. Стучка. Курс советского гражданского права. М., 1929, стр. 238.

⁷¹ См. А. Альхов. Ответственность учреждений по ст. 407-а ГК. «Рабочий суд», № 12, 1929, стр. 869.

⁷² См. Х. И. Шварц. Значение вины в обязательствах из причинения вреда. Госюрнздат, М., 1939, стр. 16, 50. Различал непреодолимую силу как внешнее и внутреннее событие, происходящее более или менее часто и А. Н. Антошин. (См. Материалы к курсу коммерческой эксплуатации. М., 1927, стр. 74).

в данных условиях (случай) и их необычности, нетипичности (непреодолимая сила). В качестве примеров делается ссылка на такие казусы: ребенок попал под автомобиль не по вине шофера — это простой случай, так как он более или менее обычен, типичен в условиях уличного движения; крушение поезда из-за того, что молнией был убит машинист — это непреодолимая сила, ибо случай совсем необычный, поэтому железная дорога не будет нести ответственность за убыток. Отсюда для разграничения простого и квалифицированного случая нужно обратиться к вопросу о причинной связи, выбрав из всей цепи причин одно звено — наиболее типичную причинную связь, приводящую к данному результату⁷³. Обращение к причинной связи для отделения непреодолимой силы от других объективных случаев является безусловно верным, но выбор в качестве критерия «типичность» или «нетипичность явления» не может быть признан удовлетворительным, поскольку он может характеризовать лишь определенную степень предвиденности, а главный момент — непредотвратимость — остается в тени.

М. А. Лунц понимает случай как отсутствие вины, считая, что если результат явился следствием причинно необходимых связей между событиями, то налицо простой случай или вина, а если он — следствие случайного сцепления обстоятельств внешнего фактора, имеет место непреодолимая сила⁷⁴. Эта концепция чрезмерно и необоснованно расширяет категорию непреодолимой силы.

В. А. Туманов, как и Я. А. Магазинер, считает случай правовой оценкой поведения лица как невиновного действия; категория же непреодолимой силы относится, по его мнению, к правовой оценке событий — природных явлений. Случай якобы связан с свободным поведением людей, а непреодолимая сила с воздействием стихии. Поскольку событие нельзя считать квалифицированным действием, постольку нельзя непреодолимую силу именовать квалифицированным случаем. Случай — это ограничение ответственности по субъективным основаниям; случай и непреодолимую силу нужно различать по существу, а не по квалифицирующим признакам, а отсутствие вины — не дает основания к смешению этих понятий⁷⁵. Автор, следовательно, признает объективность лишь непреодолимой силы.

С. И. Аскназий указывает, что для основной массы правоотношений ущерб возмещается лишь при виновном его причинении, поэтому разграничение случая и непреодолимой силы не имеет значения, но для некоторых правоотношений такое разграничение является необходимым, поэтому он высказывается положительно за сохранение этого деления по признакам чрез-

⁷³ См. Д. М. Генкин, В. И. Серебровский, Г. К. Москаленко, Цит. работа, стр. 5, 6.

⁷⁴ См. И. Б. Новицкий, Л. А. Лунц. Цит. монография, стр. 361.

⁷⁵ См. В. А. Туманов. Цит. диссерт., стр. 183, 185, 187, 189.

вычайности, стихийности, непредвиденности и полной непредотвратимости ⁷⁶.

Г. К. Матвеев утверждает, что казусная ответственность не беспредельна и ограничивается непреодолимой силой, кроме некоторых исключительных случаев. Он анализирует разграничение между казусом и непреодолимой силой, которое делают приверженцы субъективной теории (непредотвратимость для данного лица) и объективной теории (непредотвратимость для всех). Автор показывает несостоятельность этих теорий, которые неверно понимают причинную обусловленность. Он утверждает, что казус и непреодолимая сила, с точки зрения их причинной обусловленности, лежат в разных плоскостях объективных связей, причем непреодолимая сила не связана с субъективным моментом вины, «лежит в плоскости объективно случайных связей между деятельностью причинителя и вредом» ⁷⁷. Г. К. Матвеев, как говорилось выше, присоединяется к концепции, предложенной Д. М. Генкиным и поддержанной Л. А. Лунцем и другими учеными. Автор полагает, что при безвиновной ответственности отсутствует причинная связь между ущербом и событиями, поскольку эти обстоятельства с поведением (действиями) лица не связаны ⁷⁸. Но случай в правовом смысле, даже подпадающий под понятие непреодолимой силы, становится именно правовым, поскольку он корреспондируется с действиями (бездействиями) субъектов. Когда мы говорим о преодолении явления или вызываемых им последствий, мы всегда имеем в виду их непреодолимость человеческими действиями. В этом смысле мы говорим о противоправности, да и вообще об ответственности, в этом смысле мы говорим и об отсутствии ответственности при безрезультатных действиях или вынужденном бездействии ввиду особых явлений, признаваемых непреодолимой силой. Концепция Д. М. Генкина вызвала критику. ⁷⁹ О. С. Иоффе подчеркивает, что непреодолимая сила обуславливает действия человека ⁸⁰, а ее отличительным признаком является чрезвычайность и непредотвратимость доступными средствами для данного лица ⁸¹. Критикует указанную концепцию и П. Г. Семенов, считающий, что по-

⁷⁶ См. С. И. Аскназий. Цит. статья, стр. 169, 170. При этом, однако, автор подчеркивает в другой своей работе, что случай — это субъективная непредотвратимость вреда. (См. Вина и причинение в обязательствах по возмещению вреда. «ВСЮ», № 20, 1925, стр. 778).

⁷⁷ Г. К. Матвеев. Вина в советском гражданском праве, стр. 88, 89.

⁷⁸ См. там же, стр. 93.

⁷⁹ См. Е. А. Павлодский. Причинная обусловленность вреда при действии непреодолимой силы. «Советское государство и право», 1972, № 7, стр. 103.

⁸⁰ См. О. С. Иоффе. Ответственность по советскому гражданскому праву, стр. 193—195.

⁸¹ См. О. С. Иоффе. Вина как условие ответственности за нарушение обязательства. «Советская юстиция», № 5, 1965, стр. 25. Подмечает противоречивость концепции Д. М. Генкина в отношении разных плоскостей и Ю. Калмыков. (См. Возмещение вреда, причиненного имуществу. Изд-во Саратовского университета, 1965, стр. 37).

ложение Д. М. Генкина не может объяснить существа непреодолимой силы как юридической категории, оно не раскрывает ее как специфическую случайность. Автор считает со своей стороны, что не всякая случайность является непреодолимой силой, а лишь та, которая, вторгнувшись в пределы определенных конкретных отношений, влечет за собой наступление с абсолютной неизбежностью этого результата⁸². В такой постановке вопроса безусловно есть логика. Автор прав, утверждая далее, что непреодолимая сила не равнозначна ни отсутствию причинной связи, ни с психической стороны — юридическому казусу.

В принципе правильно подходит к различию между случаем и непреодолимой силой и Т. Б. Мальцман, которая, поддерживая точку зрения М. М. Агаркова о неотвратимости этой силы, подчеркивает, что для случая главным является непредвиденность события, а для непреодолимой силы главное это непредотвратимость, ибо явление может быть предвиденно, но ему никак нельзя воспрепятствовать⁸³. Совершенно верно акцентирует различие категории непреодолимой силы от простого случая на моменте объективного предотвращения О. С. Иоффе. Он правильно замечает, что случай предотвратим и не предотвращается только по той причине, что субъект не знал и не мог знать о возможности его наступления⁸⁴. В качестве критерия непреодолимой силы, отличающего ее от простого случая, выдвигается иногда не просто чрезвычайность, как указывает О. С. Иоффе, а необычно большая мощь проявления этих событий стихийного характера, которые оказываются непредотвратимыми для данного лица хозяйственно доступными для него средствами⁸⁵.

Признавая чрезвычайность и масштабность в качестве признака непреодолимой силы, А. М. Белякова считает, что случай в гражданском праве объективно предотвратим и не может быть предотвращен лишь только данным лицом хозяйственно доступными ему средствами⁸⁶. Эта точка зрения соответствует субъективной теории, для которой казус — это субъективно непредотвратимое для данного лица событие, а непреодолимая сила как квалифицированный случай — это обстоятельство, непредотвратимое вообще для всех, не взирая на их сверхзаботливость.

⁸² См. П. Г. Семенов. Цит. статья, стр. 44.

⁸³ См. Т. Б. Мальцман. Цит. диссертация, стр. 102. К такому же выводу приходят и В. П. Грибанов и Л. А. Дульнева. (См. Право личной собственности в период развернутого строительства коммунизма. М., Госюриздат, 1963, стр. 44).

⁸⁴ См. О. С. Иоффе. Вина как условие ответственности за нарушение обязательства, стр. 25. См. также Советское гражданское право. Учебник, т. I, Л., Изд-во ЛГУ, 1971, стр. 439.

⁸⁵ См. А. Кравцов. Понятие непреодолимой силы, «Советская юстиция», № 17, 1966, стр. 18.

⁸⁶ См. А. М. Белякова. Цит. работа, стр. 43, 47.

Итак, нами определены основные точки зрения на различие между простым случаем и непреодолимой силой, охарактеризованы и квалифицирующие признаки, которыми наделяют последнюю.

* * *

Совершенно очевидно, что объективный случай и непреодолимая сила находятся в одной плоскости как объективные категории, как разновидность случая в философском смысле, которому придается правовое значение. Непреодолимая сила — это часть объективного случая, которой правовая норма придает особое значение, освобождая почти всегда от ответственности, когда отсутствует вина и даже когда при обычных объективно случайных обстоятельствах ответственность наступает. Верно рассуждают те авторы, которые полагают, что право интересуется не абстрактный, а конкретный субъект с его действительными возможностями, с его физическими качествами и психическим миром. Если неблагоприятные последствия произошли в сфере деятельности определенного субъекта и отражаются на нем, совершенно безразлично, какие возможности их предотвращения были у других субъектов или даже у абстрактного «среднего человека» или «сверхчеловека». Нужно решать вопрос об ответственности данного конкретного лица, к которому нельзя подходить ни с какими абстрактными мерками, даже если их переименовать в «объективный критерий». Поэтому следует согласиться с теми юристами, которые оценивают, говоря о непреодолимой силе, возможности данного конкретного лица в преодолении препятствий. Правда, следовало учитывать не только хозяйственно доступные для него средства, но и физически доступные. Именно так следует понимать и ст. 85 ГК, указывающую в определении непреодолимой силы на «данные условия»⁸⁷, ибо «данные условия» — это не только уровень науки и техники, но и определенная обстановка, т. е. конкретная обстановка, возникшая в отношении конкретного лица. Эта точка зрения соответствует и сложившемуся взгляду в нашей юриспруденции об относительности понятия «непреодолимая сила», которая может являться в одних условиях и для одних лиц непреодолимой, а в других условиях и для других лиц — вполне преодолимой. Но это отнюдь не означает, что мы занимаем позицию приверженцев субъективной концепции непреодолимой силы, которые вообще отрицают какие-либо объективные критерии и расши-

⁸⁷ См. А. Кравцов. Цит. статья, стр. 18. Венгерский юрист Дьюла Эрши полагает, что при непреодолимой силе нужно руководствоваться объективным и в то же время относительным масштабом — учет развития техники и оправданность возможных технических средств с народнохозяйственной точки зрения. (См. Dyuula Eörsi. A jogi felelőség alapproblémai a polgári jogi felelőség. Budapest, 1961).

ряют до бесконечности эту категорию. Так, например, если статья на позицию приверженцев субъективной теории, то любой случай, который не мог быть преодолим при максимальной заботливости, означал бы, что он является непреодолимой силой. Значит такой силой являлось бы и землетрясение, разрушившее дом, и камень, брошенный в окно прохожим, поскольку его поступок был неожидан, никак не предполагался и поэтому не мог быть предотвратим. Совершенно справедливо упрекают приверженцев этой теории в том, что они стирают грань между случаем и непреодолимой силой.

Право всех времен и народов выделяет из массы явлений такие, которые называет «непреодолимой силой» и при которых совершенно иначе решается вопрос об ответственности. Нельзя видеть в этом или случайность, или традицию, или технический прием. Нельзя объяснять это и пределом риска определенных субъектов, не только потому, что понятие непреодолимой силы выходит за границу деятельности источников повышенной опасности и профессиональных хранителей, но, прежде всего, потому, что риск является субъективной категорией, не совпадающей с субъективным случаем. И все же в таком определении непреодолимой силы безусловно есть логика, и именно она должна дать ключ к раскрытию этого понятия. Из чего исходит право, освобождая от ответственности при непреодолимой силе? Просто из непреодолимости события и его последствий? Конечно, нет. Непреодолимость может быть тоже случайной в субъективном смысле — она может явиться следствием непредвидения наступления данного события. А. А. Собчак указывает, что субъективно случайное причинение вреда отличается от неосторожного, т. е. виновного «только отсутствием возможности в данных конкретных обстоятельствах предвидеть наступление вреда. В первом случае действующее лицо было бы способно предотвратить вред, если бы оно могло предвидеть условия его наступления»⁸⁸. Но автор не упоминает о тех случаях, когда даже предвидение не дает возможности предотвратить вред. Прав и П. Г. Семенов, указывающий, анализируя примеры непреодолимой силы, что наличие точных данных о погоде позволили бы рыболовецким колхозам, не выполнившим свои обязательства из-за шторма, предусмотреть это обстоятельство, а шторм и вихрь перестали бы иметь значение непреодолимой силы⁸⁹. Аналогичным образом оценивает наводнение и А. В. Венедиктов⁹⁰.

Следует ли считать явление, которое можно было бы избежать или последствия которого можно было бы предотвратить непреодолимой силой? Вряд ли это соответствует логике, вряд ли это соответствует той цели, которую ставит перед собой за-

⁸⁸ А. А. Собчак. О некоторых спорных вопросах общей теории правовой ответственности. «Правоведение», № 1, 1968, стр. 51.

⁸⁹ См. П. Г. Семенов. Цит. статья, стр. 43.

⁹⁰ См. А. В. Венедиктов. Цит. соч., стр. 178.

конодатель, вводя эту правовую категорию. Конечно, данное явление считается объективным случаем в правовом смысле, раз оно повлекло имущественно невыгодные последствия; безусловно поведение субъекта будет оцениваться с точки зрения наличия или отсутствия случая в субъективном смысле, но раз явление или его последствия могли быть предотвращены, если бы только их можно было предусмотреть, — непреодолимой силы нет. Для непреодолимой силы характерна объективная непреодолимость, независимо от того, предвидел или нет субъект это событие, точнее — непреодолимость вопреки его предвидению. Правильно подчеркивают этот момент С. И. Аскназий («полная непредотвратимость вреда») и Т. Б. Мальцман. Верно исключают из определения «непреодолимой силы» моменты предвидения О. С. Иоффе, А. Кравцов и некоторые другие авторы. Совершенно обоснованно указывает на то, что событие признается непреодолимой силой, независимо от возможности его предусмотреть, и В. Т. Смирнов⁹¹. В свое время эту мысль высказал К. П. Змирлов, полагавший, что непреодолимая сила всегда и безусловно устраняет ответственность, хотя бы даже предвиделось наступление этой силы (например, нашествие неприятеля после того, как объявлена война), поэтому такое событие может быть и не случайным в тесном смысле этого слова, тогда как событие случайное, которое не могло быть данным лицом предусмотрено, даже если оно само по себе предотвратимо, не вменяется субъекту⁹². Далеко не все удачно в этом выводе. Например, никак нельзя согласиться с тем, что при непреодолимой силе может иметь место вина субъекта, а также с тем, что при отсутствии вины (наличие случайности), но при предотвратимости события — отсутствует вменение. Кстати, такой вывод можно сделать и из некоторых других определений непреодолимой силы, не исключающих возможность ее предвидения⁹³.

Однако дело все в том, что субъективный случай как антипод вины предполагает психическое отношение субъекта в виде неосознания и невозможности осознания противоправности своих собственных действий, а также в виде непредвидения при невозможности предвидения последствий этих действий. Поэтому нельзя смешивать такое неосознание и непредвидение с непредвидением самого явления (события) и его последствий. Субъект виновен только в том случае, если он осознавал противоправность своих действий, корреспондированных с данным

⁹¹ См. В. Т. Смирнов. Рецензия на работу В. Тархова. Обязательства, возникающие из причинения вреда. «Правоведение», № 1, 1958.

⁹² См. К. П. Змирлов. Вознаграждение за вред, причиненный дозволенными действиями. «Журнал Министерства юстиции», № 4, 1900, СПб, стр. 85, 86.

⁹³ А. А. Пушкин, Г. М. Матвеев, В. А. Попов в рецензии на учебник гражданского права обращают внимание на неправомочность постановки вопроса о вине при непреодолимой силе. (См. «Советское государство и право», № 3, 1970, стр. 145).

явлением и предвидел или мог (должен был) предвидеть последствия этих действий. Значит не всякое предвидение связывается с виной, но всякое предвидение будет субъективной категорией, поэтому и всякое непредвидение будет являться субъективным случаем, хотя и далеко не всегда рассматриваемым как казус, т. е. антипод вины. Отсюда наше утверждение о наличии случайно непреодолимых событий и их последствий, хотя и говорит о субъективной оценке, но отнюдь не означает привлечения к определению этой категории субъективного случая как антипода вины.

Речь идет не об отказе от объективных критериев для определения объективной категории, а о привлечении субъективного метода лишь для отделения непреодолимой силы от всей массы объективных случаев в правовом смысле. Причем, под предвидением здесь понимается психическая оценка субъектом не своих противоправных действий и их последствий, которая могла быть признана его виной, а его психическое отношение к явлениям окружающего объективного мира. Более того, оценка непреодолимой силы («независимо от предвидения») по существу предполагает отказ от субъективного критерия. Означает ли, однако, такой подход к категории непреодолимой силы отказ от объективных критериев и, в частности, внешности, мощности, стихийности и чрезвычайности явлений? В какой-то мере, да, если речь идет о первых трех и если четвертый критерий понимать в смысле первых трех. Действительно, разве смерть человека от неизлечимой на данном уровне состояния медицины болезни не является непреодолимой силой, хотя в ней нет ни внешности, ни особой мощи, ни стихии (в смысле проявления сил природы, как ее и понимают)? Разве взрыв, происшедший при проведении научного эксперимента в результате каких-то еще не открытых явлений, должен быть обязательно вызван внешними обстоятельствами, чтобы считаться непреодолимой силой? Конечно, нет. Таких примеров можно привести много. Что же касается «чрезвычайности», которая включена в ст. 85 ГК РСФСР как характеристика непреодолимой силы и которая фигурирует во многих определениях, то сама по себе «чрезвычайность» не только не вызывает возражений, но, наоборот, подчеркивает именно необычность явления, каковой, конечно, является всякая непреодолимая сила.

Совершенно правильно отметил А. Кравцов, что чрезвычайность сама по себе является достаточно широким понятием и любой «простой случай» является в определенной мере чрезвычайным. Автор приводит примеры безусловной чрезвычайности случая: внезапное падение человека под колеса от потери сознания или удара третьего лица, попадание птицы в двигатель самолета, скрытые дефекты перевозочных средств и т. п. Все эти случаи по вполне правильному заключению автора не

могут быть признаны непреодолимой силой⁹⁴. Однако его мнение о том, что чрезвычайность события выражается в необычно большой мощи их проявления — в стихийных явлениях, — вызывает возражения, о чем мы указали выше. Следует также добавить, что нельзя исключать из непреодолимой силы и социальные явления. Чрезвычайность же выражается в необычности, исключительности, экстраординарности событий, даже если они предвидятся и в общем ожидаются, даже если они в принципе неизбежны и повторяются слишком часто. В данный конкретный момент и при данных условиях это событие необычно, т. е. чрезвычайно. В то же время чрезвычайное индивидуально и отличается лишь необыденностью. Совсем уже не может являться критерием общеизвестность, сама по себе ни о чем не говорящая.

В чем же состоит использование субъективного метода для определения непреодолимой силы, для отделения определенной группы явлений от обычного объективного случая? При обычном, или как его называют — «простом» случае наступление события или его последствий было бы предотвратимо, если бы сам случай не произошел неожиданно, если бы события были предвиденны. Наоборот, при непреодолимой силе события и их последствия в данных условиях и данным лицом, при имеющихся у него возможностях абсолютно непреодолимы, независимо от того, неожиданно или нет они произошли. Таким образом, мы вроде бы присоединяемся к уже высказанной в литературе точке зрения⁹⁵. В принципе это действительно так, но только в принципе. Ведь вполне допустимо возражение: не означает ли подобная конструкция сведения категории непреодолимой силы к невероятной исключительности, ибо если не сами такие события, как землетрясение, наводнение и т. п., то их последствия, случись они не неожиданно, в подавляющем большинстве случаев могли быть предотвращены? Так, например, если бы субъект знал, что произойдет землетрясение в городе «N», он наверняка не поехал бы туда, если было бы известно, что от молнии загорится дом, можно было бы вынести из него вещи, а возле дома поставить в полной готовности пожарную команду и т. п. Абстрактно вообще нет непредотвратимых событий⁹⁶. Прежде чем разрешить якобы возникшую коллизию, нужно обратиться к вопросу о причинной связи.

Непреодолимая сила — это разновидность объективного случая⁹⁷. Но особенность ее, с точки зрения объективных связей,

⁹⁴ См. А. Кравцов. Цит. статья, стр. 18

⁹⁵ См., например, В. П. Грибанов, Л. А. Дульнева. Цит. соч., стр. 44.

⁹⁶ См. Ив. Либба. Цит. соч., стр. 99.

⁹⁷ Нельзя не согласиться с Б. С. Антимоновым, указавшим, что истинный смысл непреодолимой силы раскрывается в понятии объективного случая. (См. Значение вины потерпевшего при гражданском правонарушении. М., Госюриздат, 1950, стр. 183).

заключается в том, что непреодолимая сила одновременно находится и в объективно случайной связи с действиями субъекта и в объективно необходимой связи с тем явлением, которое с неизбежностью вызывает данный результат. Непреодолимая сила появляется объективно случайно, а проявляется объективно необходимо. При непреодолимой силе действия субъекта никогда не являются причиной ее появления, не являются они и причиной непреодолимости объективного случая и его последствий. Г. К. Матвеев приводит пример обвала породы в шахте, вызвавший увечье рабочего, расценивая его как случайное по отношению к деятельности шахты и необходимое по отношению к естественно развивающимся процессам земной коры⁹⁸. Если рассматривать результат как следствие явления, которое оказалось непреодолимым, если оно действительно, безусловно было непреодолимым в данных условиях, независимо от действий субъекта, мы должны будем прийти к выводу о наличии между ними необходимой связи; в этом смысле правильно утверждение Б. С. Антимонова, что «непреодолимая сила» всегда выступает как одна из необходимых причин вредоносного результата»⁹⁹.

Нет ли в этих суждениях противоречия: с одной стороны, непреодолимая сила находится в плоскости объективно случайных связей, а, с другой,— она объективно необходимая причина наступившего результата? Это было бы так, если непреодолимую силу понимать как единичный случай, как единичную причину неблагоприятного результата. Но дело в том, что форс-мажор — это категория комплексная, не укладывающаяся в рамки локального случая, состоящая из целого ряда объективных случаев, которые, корреспондируясь с действиями субъекта, направленными на преодоление угрозы неблагоприятного результата и не приводящие к этому преодолению, в целом называются непреодолимой силой. Содрогание почвы, называемое землетрясением, не может считаться непреодолимой силой, однако, если оно повлекло за собой второй случай — разрушение дома, причем ни первому, ни второму, причинно связанному с первым случаем не могли противостоять действия, позволяющие воспрепятствовать их вредоносности,— эти случаи в комплексе с непреодолимостью как объективной категорией следует назвать непреодолимой силой.

В правовой литературе мы часто встречаемся с верным ут-

⁹⁸ См. Г. К. Матвеев. Основания гражданско-правовой ответственности, стр. 99. Точка зрения автора о случайных связях при непреодолимой силе была подвергнута критике В. Тарховым. (См. его рецензию на работу Г. К. Матвеева. Вина в советском гражданском праве. «Советское государство и право», № 3, 1956, стр. 149, 150). Возникший спор обусловлен нечетким определением случайных и необходимых связей, ибо их различие не только в несущественности или существенности.

⁹⁹ Б. С. Антимонов. Гражданская ответственность за вред, причиненный источником повышенной опасности. М., 1952, стр. 138.

верждением, что само по себе стихийное бедствие или общественное явление не являются непреодолимой силой (например, обстрел города не освобождает от ответственности, если не пострадало помещение самой артели — дело Калинкина с артелью «ВЭМ» и т. д. и т. п.). Это безусловно верно, именно потому, что непреодолимая сила — комплексный объективный случай, состоящий из отдельных причинносвязанных между собой различными по своему характеру связями объективных случаев. Один случай представляет лишь угрозу невыгодных последствий (таковым, например, является землетрясение), другой случай — это уже исполненная угроза (например, разрушение дома). Последствиями здесь будет причинение имущественного ущерба. Между этими двумя случаями, которыми тоже далеко не всегда исчерпывается вся цепь причинносвязанных и взаимообусловленных явлений, находится объективная категория предотвратимости, точнее, именно причинная связь между первым случаем — силой угрожающей и вторым — силой проявившейся проявляться в предотвратимости¹⁰⁰. Если возможно было данному субъекту в данных обстоятельствах реальным образом, т. е. физически, хозяйственно и технически возможными средствами не допустить проявления силы во втором случае, а следовательно, не допустить имущественных потерь, которые этот второй случай мог повлечь — будет отсутствовать тот объективный комплекс, который называется непреодолимой силой. Но далеко не всегда имеет место непреодолимая сила и тогда, когда не допустить проявления первоначального случая не удалось. Для того чтобы происшедший комплекс объективных случаев, повлекший за собой причинение ущерба, можно было признать непреодолимой силой, налицо должна быть объективно случайная связь между действиями субъекта и результатом и объективно необходимая связь между угрожающей силой (первым случаем) и проявившейся силой (вторым случаем). Между вторым случаем и результатом в виде имущественно невыгодных последствий связь всегда необходимая. Только когда вред связан со случаями, составляющими непреодолимую силу, цепью необходимых причинных связей, он дает право на освобождение от ответственности¹⁰¹. Именно это сочетание необходимых и

¹⁰⁰ Об объективном характере предотвратимости и непредотвратимости см. Б. С. Антимонов. Цит. соч., стр. 153, 158.

Иногда еще допускается отождествление с непреодолимой силой самого события (например, разряда молнии — см. Н. С. Малеин. К вопросу о вине и случае в деликтных обязательствах. «Советское государство и право», 1963, № 4, стр. 143). В. Маслов указывает, что непреодолимая сила это объективный случай, верно обращая внимание на то, что событие становится такой силой не в силу его внутренних свойств, а в зависимости от соотношения ряда условий и конкретных обстоятельств. (См. Обязательства из причинения вреда. Харьков, 1961, стр. 37).

¹⁰¹ См. Б. Б. Черепакхин. Рецензия. «Советское государство и право», 1953, № 6, стр. 183.

случайных связей, а не искусственное их расчленение вытекает из марксистско-ленинского учения о случайности как о форме проявления и дополнения необходимости. Если учитывать, что на практике субъективный и объективный факторы всегда сочетаются¹⁰², можно определенно сказать, что при непреодолимой силе, как и при любом объективном случае, угроза появляется или проявляется всегда внезапно для субъекта, без конкретного предвидения¹⁰³. Скорее всего в силу невероятной маловероятности этого ее проявления или появления и то и другое не принимаются в расчет.

Таким образом, очевидно, что можно иногда предвидеть саму угрозу, но нельзя предвидеть ее проявление, а отсюда абстрактное предвидение землетрясения, например, в Средней Азии, не должно рассматриваться как безусловная необходимость принятия таких средств преодоления, как постройка во всех зданиях сверхмощных поясов, вынос вещей из помещений, вывод людей из них или отказ от поездки в эти места, хотя отдельные меры оказываются необходимы, например, в период ташкентского землетрясения. В статье о мужестве людей во время карпатского наводнения А. Сабов пишет, что человек «всегда готов и к жестокому капризу вулкана и чутко ловит на слух гороховый шорох камней в горах, определяя не перерастет ли он в обвал...»; это не от того, что человек беспечен, а потому, что он чувствует себя выше и сильнее стихии, потому, что он всегда готов к схватке с ней... И все-таки стихия — всегда внезапность...¹⁰⁴ Возможность принятия определенных мер зависит и от времени, когда начала проявляться угроза. Реальность необходимых мер должна учитываться, когда речь идет о предотвращении угрозы. Но даже если бы можно было с момента возникновения угрозы ожидать конкретное ее проявление, в некоторых случаях эту угрозу все же нельзя было преодолеть. Таким образом, если угрожающая сила с необходимостью проявляется во втором случае и в силу этого необходимо влечет невыгодные последствия, нужно сделать вывод, что проявление этой угрозы было объективно непредотвратимо действиями данного субъекта физически, хозяйственно и технически реально доступными ему в конкретной обстановке средствами, даже если бы не было неожиданности в осуществлении (проявлении) этой угрозы с момента ее возникновения. В этом случае данный объективный комплекс с его случайными и необходимыми связями следует признать непреодолимой силой. В отличие от *force majeure*, другие объективные случаи могли быть преодолены субъектом, если бы осуществление (проявление) угрозы возникло для него не неожиданно и только неожиданность, непредвиденность про-

¹⁰² См. Г. К. Матвеев. Цит. статья, стр. 103.

¹⁰³ См. Б. С. Антимонов. Указ. монография, стр. 189.

¹⁰⁴ См. А. Сабов. После наводнения. «Комсомольская правда», 25 сентября 1969 года.

явления угрозы помешали принять необходимые и возможные меры, чтобы она себя не проявила в действительности и не причинила вредный результат¹⁰⁵.

Действительно, если осуществление угрозы могло быть не допущено действиями субъекта, если бы в ее появлении или хотя бы в ее проявлении не было неожиданности, то между этой угрозой и случаем, в котором она проявлена, имеется не необходимая, а случайная связь. Наоборот, если ничего нельзя было предпринять, если нельзя было помешать проявлению события существующими доступными средствами в данное время, иными словами, в конкретной реальной обстановке, даже если бы оно не произошло после возникновения угрозы неожиданно, то налицо необходимая связь между угрозой и случаем, в котором она проявилась. Так, например, землетрясение привело к разрушению какого-то объекта. Абстрактно землетрясение в данной местности предвиделось, и все технически установленные меры предосторожности были осуществлены. Конкретно землетрясение не предвиделось, а тем более не предвиделось разрушение объекта, поскольку даже абстрактное предвидение этого делало его осуществление настолько маловероятным, что с ним нельзя было считаться. Между неожиданно начавшимся землетрясением и еще более неожиданно происшедшим разрушением объекта произошли считанные секунды. В эти секунды можно уже даже предвидеть разрушение, но особых мер спасения от разрушения нет (мы не говорим о возможности строительства с применением специальных конструкций, речь идет о реальных возможностях в данной обстановке), невозможно даже из-за недостатка времени вынести ценности и оборудование, т. е. не допустить имущественных потерь. Будет ли это простым объективным случаем или непреодолимой силой? Для того чтобы ответить на этот вопрос, нужно, применив субъективный метод оценки и руководствуясь практикой, установить, была ли возможность предотвратить разрушение объекта и гибель имущества, если бы это разрушение случилось с момента возникновения угрозы не неожиданно. Сам характер угрозы — ее быстрота, ее интенсивность были такими, что она действовала именно по данному пути и противостоять ей в конкретной обстановке (времени, технических, физических и хозяйственных средств) было невозможно, даже, если второй случай был уже — после появления угрозы ожидаем. Поскольку осуществление угрозы в силу ее конкретной направленности и невозможности противоборства было неизбежным, налицо объективно необходимая связь между этой угрозой и случаем ее конкретного проявления,

¹⁰⁵ Совершенно противоположного мнения И. в. Л и б б а (Ответственность железных дорог, за целостность груза и срочность доставки, М., 1924, стр. 129), который полагает, что существенным признаком непреодолимой силы «является ее внешнее происхождение, а непредотвратимость — характерный момент понятия «случай». Мы решительно отвергаем этот критерий, ибо внутреннее явление может быть силой непреодолимой, о чем указывалось выше.

а следовательно forse тажеге ¹⁰⁶. Но если неожиданность является препятствием к возможным мерам, которые могли бы изменить конкретное проявление угрозы, связь между случаем — угрозой и случаем непреодоленного проявления этой угрозы была бы объективно случайной и наличие обстоятельств forse тажеге признать уже нельзя.

Теплоход «КИМ» уходил в обычный рейс из Находки в Японию. В 18 часов 10 минут 24 ноября 1967 года во время девятибалльного шторма в открытом море на теплоходе объявили пожарную тревогу. Загорелся хлопок. Самовозгорание. История мореплавания не знает случая, когда бы судно, на котором загорелся хлопок, уцелело и даже сохранило груз. Инструкции рекомендуют в таких случаях затопить пароход в неглубоком месте. Однако советские моряки, к которым пришли на помощь товарищи, в невероятно трудных условиях, сопряженных с опасностью для жизни, сумели побороть стихию, спасти судно и почти весь груз ¹⁰⁷. В данном примере налицо непреодолимая сила в отношении части сгоревшего груза, поскольку даже если бы пожар произошел не неожиданно, его нельзя было бы в данных условиях преодолеть, и связь между катастрофическим накоплением энергии в кипах хлопка и пожаром была объективно необходимой, но в большей части угроза была предотвращена в результате героизма людей, выходящего за пределы реально возможного. Героизм советских людей нередко заставляет отступать стихию, позволяет предотвратить, казалось бы непредотвратимые последствия. Примеров этому можно привести много ¹⁰⁸.

Несколько примеров эфемерной непреодолимой силы приводит П. Г. Семенов. Так, он относит к такой силе разрыв дипломатических отношений. Это создает невозможность исполнения, причем юридическую невозможность, а непреодолимая сила всегда является непреодолимой физически, т. е. приводит лишь к физической невозможности исполнения, хотя средства преодоления могут носить даже технический и хозяйственный характер. К непреодолимой силе автор относит и падение «А» со строительных лесов на «Б». Совершенно очевидно, что проявление угрозы, вызванной производством строительных работ, могло быть преодолено, если бы падение «А» не произошло неожиданно как со стороны «Б» (он избрал бы другой путь), так и со стороны «А» и владельца источника повышенной опасности.

¹⁰⁶ Из цит. выше статьи А. С а б о в а следует, что циклон образовался в Скандинавии, определенным образом сложилось движение масс воздуха и синоптики определили точное направление циклона и его неизбежное, т. е. необходимое при данных обстоятельствах проявление: ливень и паводок именно в конкретной местности — в Карпатах.

¹⁰⁷ См. П. Д е м и д о в. 12 баллов мужества. «Известия», 17 марта 1968 года. См. также Г. Б о ч а р о в. Подвиг на реке Стрый. «Комсомольская правда», 27 июня 1969 года.

¹⁰⁸ См., например, И. Л а х н о. Во время бурана: Л. К р а й н о в. Героическая вахта. «Правда», 16 февраля 1969 года и др.

П. Г. Семенов даже упрекает В. А. Туманова за то, что он упустил в своей работе случаи непреодолимой силы, выражающиеся в опозданиях на работу из-за задержки пригородных поездов ¹⁰⁹. Совершенно ясно, что, если бы не неожиданность остановки, опоздание можно было избежать, избрав иной способ переезда или изменив время переезда. Кстати, в примере автора не видно, что даже после остановки опоздание оказалось не просто извинительным, а непредотвратимым.

Непреодолимая сила имеет место, поскольку независимо от неожиданности первого и второго случая преодолеть осуществление угрозы невозможно при данных конкретных обстоятельствах. Именно поэтому простой Ташкентской кожгалантерейной фабрики ввиду разрушения землетрясением производственных помещений должен быть признан вызванным непреодолимой силой ¹¹⁰. К аналогичному выводу следует прийти и при оценке факта разрушения в силу землетрясения зданий Ташкентского треста ресторанов ¹¹¹, но невыборка из-за этого продукции, если даже не было вины треста и если она не была предотвращена, должна быть признана простым случаем, ибо эта невыборка не связана объективно необходимой причинной связью с разрушением зданий, так как случись разрушение не неожиданно, вполне возможно было бы организовать продажу изделий иным образом, изменить фонды и т. п. В данном случае угрозой являлось уже разрушенное здание, а ее проявлением прекращение торговли. А вот сильное наводнение в Андижанской области, приведшее к гибели большой части урожая и к недопоставке сырья Андижанскому консервному заводу, признано в комплексе объективных случаев почему-то не непреодолимой силой, ибо иначе ничем нельзя объяснить применение арбитражем ст. 37 Основ и лишь снижение суммы неустойки ¹¹².

3 мая 1966 года в результате стихийного бедствия — ледохода и резкого подъема паводковых вод в районе станции Филимоново Восточно-Сибирской железной дороги обрушился мост, в реку Уря упали электровоз и 15 вагонов ¹¹³. Падение указанных вагонов вызвано непреодолимой силой, ибо падение моста было неизбежно, даже если ледоход и необычный подъем вод можно было предвидеть, т. е. если бы обвал моста не произошел неожиданно. В данном случае вагоны были на мосту и в этой конкретной обстановке фактор времени не давал машинисту что-

¹⁰⁹ См. П. Г. Семенов, Цит. статья, стр. 41.

¹¹⁰ См. протокол Госарбитража при Совете Министров Узбекской ССР по делу № 8830/5 от 5 октября 1966 года.

¹¹¹ См. протокол того же арбитража по делу № 9644/7 от 28 октября 1966 года.

¹¹² См. протокол Госарбитража при Совете Министров Узбекской ССР по делу № 11884/14 от 25 декабря 1966 года.

¹¹³ См. протокол того же арбитража № 8624/14 от 7 октября 1966 года.

либо предпринять, чтобы предотвратить падение вагонов в реку. Здесь ледоход — это угроза провалу моста, а провал моста угроза падению вагонов. Налицо непреодолимая сила для дорожников, которые не могли с момента ледохода и резкого подъема воды предотвратить аварию, даже если в эти считанные часы ее и могли ожидать. Есть здесь непреодолимая сила и для спортсменов, которые с момента возникновения угрозы — провала моста уже не могли предотвратить крушение поезда, даже если бы с момента возникновения этой угрозы они бы ожидали ее проявления, поскольку вагоны были на мосту и технически ничего нельзя было сделать.

А вот при других обстоятельствах Госарбитраж признал пароходство ответственным за утрату древесины, вызванную аварией плота из-за большого паводка и сильного течения, поскольку пароходству об этом было известно и оно могло сообщить о случившемся капитану судна-буксировщика. А. Кравцов из этого примера делает вывод, что сама по себе непреодолимая сила не освобождает от ответственности¹¹⁴. В данном случае имелась, видимо, вина пароходства, но дело не только в этом — здесь нет никакой непреодолимой силы, поскольку была реальная возможность предотвратить наступление второго случая — аварию плота, т. е. проявление угрожающей силы могло и не быть, не случись оно неожиданно для капитана.

Итак, непреодолимую силу характеризуют следующие моменты: 1) объективность; 2) комплексность; 3) наличие объективно случайной связи между действиями субъекта и результатом; 4) наличие объективно необходимой причинной связи при проявлении угрозы и объективно случайной связи при ее появлении; 5) непреодолимость этого проявления даже при устранении фактора неожиданности в появлении угрозы или с этого момента в ее проявлении в данной конкретной обстановке имеющимися физическими, хозяйственными и техническими средствами¹¹⁵. Исходя из этого непреодолимая сила как вид объективного случая представляет собой определенный комплекс явлений, взятых в связях и отношениях, в котором проявляется и дополняется объективно существующая закономерность и в котором явление,

¹¹⁴ См. А. Кравцов. Цит. статья, стр. 19.

¹¹⁵ Может возникнуть вопрос: относится ли естественная убыль и другие аналогичные потери к простому объективному случаю или к непреодолимой силе. Закономерность подобного вопроса объясняется тем, что эти потери имеют место, несмотря на то, что они предвидятся и всегда, даже не абстрактно, а конкретно ожидаются. Полагаем, что подобные потери могут относиться только к простому объективному случаю, прежде всего потому, что здесь нет ни абсолютной непреодолимости, ни ясно выраженной комплексности, ни, во всяком случае, объективно случайной связи в появлении угрозы ожидаемых потерь. Потери в пределах нормы правомерны, уже поэтому нет вины в их допущении, но объективно эти потери можно сократить и даже избежать.

несущее в себе угрозу, возникает объективно случайно, независимо от его абстрактного ожидания, а явление, в котором проявляется эта угроза—объективно необходимо, в силу того, что это проявление независимо от его ожидания или неожиданности после возникновения угрозы оказывается непреодолимым через корреспондированные действия (бездействие) данного субъекта, в данных обстоятельствах имеющимися реально возможными физическими, техническими и хозяйственными средствами.

Данный взгляд на непреодолимую силу исключает всякий субъективный подход к ней (если, конечно, правильно понимать категории «субъективного» и «объективного» в праве) и вместе с тем подчеркивает относительность этого понятия. Но самое главное — это то, что акцент делается не на необычности, мощи и тому подобных чертах непреодолимой силы, а исключительно на ее непреодолимости, что, по нашему мнению, вполне логично объясняет ее существование. Это понимание forse majeure ограничивает применение данной категории чрезвычайными, исключительными случаями, но не сводит их только к особо мощным стихийным явлениям.

ГЛАВА IV

НЕВОЗМОЖНОСТЬ ИСПОЛНЕНИЯ И РИСК

§ 8. Понятие невозможности исполнения обязательств

Случайность и необходимость прежде, чем возникнуть, имеют в действительности какие-то предпосылки — они существуют в виде возможности¹. Возможность сходна со случайностью, ибо она не обязательно превращается в действительность, различие же заключается в том, что случайное уже существующее, а возможность относится к будущему. Возможность занимает «промежуточное положение» между невозможностью и необходимостью² и может быть в определенных условиях превращена в действительность; в этом смысле она противопостоит абсолютной невозможности³.

С точки зрения марксистской философии под невозможностью понимается то, что никогда, ни при каких обстоятельствах не может быть реализовано. Однако необходимо различать невозможность, которая не может быть реализована при данных условиях, и абсолютную невозможность⁴; необходим реальный подход к этому понятию, трезвая оценка конкретных условий, при которых то или иное действие оказывается возможным или невозможным. В. И. Ленин говорил о возможности реальной, соответствующей действительности, и о возможности формальной, которая выводится без учета действительных фактов⁵. Именно с таких позиций нужно оценивать категорию невозможности исполнения в советском праве.

В свое время А. В. Кусиков подчеркивал, что «одним из самых

¹ См. А. А. Чунеева. Категории материалистической диалектики. Л., 1965, стр. 92.

² См. Л. В. Смирнов, В. А. Штофф. Соотношение возможности, вероятности и необходимости. Проблемы возможности и действительности. М.—Л., «Наука», 1964, стр. 57.

³ См. П. В. Денисов. Возможность и действительность. Автореферат кандид. диссерт. М., 1955, стр. 9.

⁴ См. Я. Тот. Диалектика возможности и действительности. Автореферат кандид. диссерт. М., 1967, стр. 7.

⁵ См. М. В. Мостепаненко. Классики марксизма-ленинизма о возможности и действительности. М.—Л., «Наука», 1964, стр. 12.

интересных, но чрезвычайно спорных вопросов гражданского права является несомненно вопрос о невозможности исполнения обязательств»⁶.

Еще римские юристы выдвинули правило: *impossibilium nulla est obligatio* (невозможное не может служить предметом обязательства). Но у этого правила была весьма ограниченная сфера применения — в основном в формальных стипуляционных обязательствах, направленных на предоставление в собственность вещи⁷. Пандектисты, основываясь на римском правиле, создали свою доктрину — сложное учение о невозможности исполнения. «Невозможное неисполнимо, — повторяют они, — ... обещание выполнить что-либо невозможное непременно будет ничтожно»⁸. Выделяя невозможность исполнения в самостоятельную категорию, они различают ее виды, не ограничиваясь распространением этой категории только на предмет обязательства. Эта доктрина так или иначе была воспринята буржуазным законодательством как чисто априорное, формально-логическое положение. Так, в § 306 Германского Гражданского уложения записано, что «договор, по которому невозможно учинить удовлетворение, недействителен». Причем как в германском, так и во французском праве имеется в виду невозможность исполнения теми средствами, которые должен применить должник. Л. А. Лунц приводит пример решения Рейсгерихта 1917 года, в котором было признано, что нельзя требовать от поставщика медной проволоки установления плавильных печей, поскольку проволока отсутствует на рынке⁹.

В 1943 году в Англии был принят «Акт 1943 года о реформе права, касающегося договоров, ставших тщетными» — («The Law Reform/Frustrated Contracts/Akt 1943»). Это понятие — *frustrated contracts* объединяет в себе все понятия невозможности исполнения — *impossibility of performance*, в том числе и случаи отпадения существенной цели заключения договора — *futility*. Учение о тщетности обычно сводится к принципам толкования договора. В свое время невозможность исполнения или как ее называют тщетность отвергалась судебным прецедентом. Классическим примером может служить дело Парадина 1647 года, в котором судья не учел невозможность производства ремонта арендатором, выгнанным отрядом королевских войск, причем судья мотивировал свою точку зрения отсутствием какой-либо оговорки о невозмож-

⁶ А. В. Кусиков. Экономическая невозможность исполнения сделки по ГК. «Вестник советской юстиции», № 15—16, Харьков, 1925, стр. 591.

⁷ См. Я. А. Канторович. Невозможность исполнения обязательств. Петроград, 1917, стр. 7.

⁸ Генрих Дернбург. Пандекты. Обязательственное право. М., 1911, стр. 41.

⁹ См. Л. Лунц. Учение о невозможности исполнения договорных обязательств в английском праве. «Ученые записки ВЮОН», вып. V, М., Юриздат, 1947, стр. 90. См. аналогичные примеры: Demogue. *Traite des obligations en général*, т. VI, § 622—623.

ности в договоре ¹⁰. Но уже в 1863 году по делу Тейлора (Taylor v. Gardwell) судья признал невозможность использования арендованного концертного зала в связи с происшедшим пожаром, указав, что стороны данное обстоятельство должны были подразумевать. Этот прецедент дал толчок признанию невозможности (бесцельности) исполнения ¹¹. Как мы видим, в английском праве не сами обстоятельства вызывают невозможность исполнения, а широко подразумеваемые договорные условия (implied conditions) ¹². В англо-американском праве это правило применяется очень распространено, причем суд оценивает не фактически сделанную оговорку, а оговорку предполагаемую, которую стороны включили бы в договор, если бы при его заключении они учитывали обстоятельства, которые наступили впоследствии и привели к утрате смысла в сохранении этого договора, к тщетности исполнения («frustration»).

Учение о *clausula rebus sic stantibus* (оговорка о неизменности обстоятельств) возникло еще в XIII веке в связи с рецепцией римского права. Однако развитие промышленного капитализма потребовало усиления договоров, и это учение было предано забвению. С развитием монополистического капитала вновь наблюдается возврат к этому учению, так как потребовалось введение различных каучуковых норм, позволяющих приспособляться к изменению экономической конъюнктуры, к экономическим кризисам. На этот путь стал итальянский кодекс 1942 года (ст. 1467), по этому пути пошла практика английских судов, признававшая отпадение коммерческой цели, учет предполагаемого намерения разумных людей. На эту же позицию стали законодательство США (§ 288 Свода договорного права) и законодательство других буржуазных стран ¹³. По-разному относились к *clausula rebus sic stantibus* ученые цивилисты. Некоторые из них ратовали за это учение, как за выражение юридической динамики (О. Spengler и другие), выступали против классического принципа « *Pacta sunt servanda*» (договоры должны охраняться), против абсолютной договорной верности (*vertragstrue*). Но были и такие (их немало), которые отрицали это учение.

Особенно много споров велось вокруг так называемой экономической невозможности исполнения, на которой мы остановимся несколько позже. Хотя римские юристы не знали учения о *clausula*, но и они иногда допускали оговорку «*si in eadem causa maneat*» (если останется в тех же условиях). Особенно четко оно

¹⁰ См. Л. Лунц. Цит. статья в Ученых записках, стр. 89.

¹¹ См. там же, стр. 95.

¹² См. С. К. Май. Очерк общей части буржуазного обязательственного права. М., Внешторгиздат, 1953, стр. 132.

¹³ См. С. К. Май. Цит. соч., стр. 166—170; см. Г. Ласк. Гражданское право США, М., Издат. «Иностранная литература», 1961, стр. 246—250. Если раньше давший обещание, указывает Г. Ласк, принимал на себя весь риск, связанный с исполнением, то в последующем все шире стали приниматься во внимание исключения, вплоть до признания нецелесообразности этого исполнения.

было сформулировано пандектистами, которые выдвинули и учение о невозможности исполнения: «*Pactum obligatorium esse desinit si facies rerum proorsus immutetur*» (соглашения перестают быть обязательными; если обстановка вещей решительно меняется). О наличии такой молчаливой оговорки говорила ст. 1756 Баварского земского уложения, опиравшаяся на критерий разумных людей¹⁴. Даже развитие оборота и необходимость особой твердости данных обещаний не могли совсем выхолостить учение о *clausul'e* из законодательства, но постепенно всякое упоминание о ней исчезает из права, кроме отдельных (очень редких) исключений и то относящихся к риску неплатежеспособности (например, ст. 321 Германского Гражданского уложения 1896 г.). Образцом в этом смысле может служить I ч. ст. 1536 Хт. Свода Законов Российской империи: «Договоры должны быть исполняемы по точному оных разуму, не уважая побочных обстоятельств и не взирая ни на каких особ». Первая мировая война, рост монополистического капитала, как и учение о невозможности исполнения, о тщетности выдвинули вновь на первый план также учение о *clausul'e*, ибо изменение конъюнктуры приобрело катастрофические масштабы. Все эти учения существуют в праве параллельно, хотя они и отличаются друг от друга по своей сути, однако цель их едина — обосновать, легализировать неисполнение при определенных обстоятельствах заключенных договоров. Рейсгерихт уже в двадцатые годы начал утверждать, что исполнение договора не составляет предмета долга, когда в результате полного изменения обстоятельств такое исполнение с хозяйственной точки зрения сделалось совершенно иным, чем это первоначально желалось сторонами.

Несмотря на отсутствие в русском дореволюционном законодательстве общего правила о невозможности исполнения обязательств, в правовой литературе этого периода признавалось, что всякий договор предполагает необходимость его исполнения, но оно невозможно, когда невозможно исполнить обусловленное им действие, и те договоры, предметом которых являются действия невозможные, признаются недействительными¹⁵. Невозможность исполнения наступает в том случае, когда сделается невозможным то действие, которое именно составляет предмет исполнения¹⁶. Стороны подразумевают при заключении договора определенное положение, т. е. имеют в виду неизменяющиеся условия. Это было разъяснено в 1916 году лордом Лербортом по делу *Tamplin Steamship Co. v. Anglo-Mexican Products Co*¹⁷.

¹⁴ См. А. Г. Зейц. Влияние изменившихся обстоятельств на силу договоров. Иркутск, 1928, стр. 5—7.

¹⁵ См. В. Л. Исаченко и В. В. Исаченко. Обязательства по договорам, т. I, СПб, 1914, стр. 206.

¹⁶ См. И. М. Тютрюмов. Гражданское право. Юрьев, 1922, стр. 278.

¹⁷ См. Самонд и Вильямс. Основы договорного права. М., Инстр. лит. 1955, стр. 582.

В систему гражданского права, обособливаясь от экономической невозможности, в качестве общего принципа вторглась *clausula rebus sic stantibus*¹⁸. Позиции юристов разделились в вопросе о характере *clausul'*ы. Старая школа утверждала, что это ни что иное, как молчаливое условие при заключении договора (договор заключается под молчаливым условием), другие — считали такое молчаливое условие фикцией, противоречащей основам гражданского права, ибо неперемное условие применения *clausul'*ы — это непредвиденность. Раз непредвиденность, то о каком же молчаливом условии можно говорить? Тогда на поверхность всплыло промежуточное учение Виндшейда о предположении, как неразвитом условии (см. его работу «*Die Lehre von Vorausetzung*, 1850 г.»). Согласно этому учению, если отпало предположение, возможно предъявление иска о неосновательном обогащении¹⁹. Против этого выступили многие юристы, считая, что мотивы и предположения должны находиться вне сделки.

Цивилисты в эти годы свои усилия сосредоточивали главным образом на обосновании учения о *clausula rebus sic stantibus* применительно к коммерческим сделкам. Так, одно время в ходу было крюкмановское учение о синаллагме — нарушение эквивалентности в силу непредвиденных изменений. На смену ему пришло учение Эртмана об основании сделки (отпадение впоследствии основания сделки в связи с тем, что при ее заключении у лиц были другие представления об обмене благами). Но и эта теория признана была недостаточной. Начинает вырисовываться (по выражению А. Г. Зейца) сплетенная в клубок с *clausul'*ой проблема переоценки денежных требований (*Aufwertung*)²¹. Теория непредвиденности (*la théorie de l'imprévision*) была развита французской юриспруденцией (дело газовой кампании г. Бордо), но в гражданском праве Франции продолжал действовать принцип *Code civil* о недопустимости изменения соглашений сторон: «*Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites*». Правда, в последующем отдельные законы подтвердили допущение теории непредвиденности.

Эртман заменил теорию Виндшейда теорией основания сделки, известного при ее заключении другой стороне. Отпадение или недостаток основания обосновывает право, руководствуясь принципом доброй совести, отступления от сделки, ибо если у стороны было сомнение, она должна была внести в сделку соответствующее условие. И хотя в этой теории имеется некоторый фундамент для признания волеизъявления, она по существу представляет собой все то же «молчаливое условие», все ту же фикцию.

У данной теории было много приверженцев, защищающих те

¹⁸ См. А. Г. Зейц. Цит. работа, стр. 21—24.

¹⁹ См. там же, стр. 25—27.

²⁰ См., например, Ю. Барон. Система римского гражданского права, кн. 1, СПб, 1909, стр. 137.

²¹ См. А. Г. Зейц. Цит. работа, стр. 14—16.

или иные ее варианты. Так, в частности, Лохер понимал под основанием не представления сторон, а обстоятельства, необходимые для достижения цели сделки. Если цель делается недостижимой, наступает обязанность возвратить полученное. Фактически и лохеровский вариант приводит к обоснованию отказа от сделки соглашением сторон, т. е. по существу — к молчаливой оговорке или все к той же фикции²². По теории Крюкмана *clausula* применяется в тех случаях, когда нарушается равновесие между исполнением и контрисполнением, а фактически они смешиваются с заблуждением, с ошибкой. Существует еще теория Ниппедрея, называемая «принципом невменения», согласно которой должник обязан так чинить удовлетворение, как этого требует добросовестность, сообразно с обычаями оборота. Что за критерий «добрая совесть», не трудно понять, и как ни старались буржуазные юристы придать ему какой-то ореол объективности (принцип любви у Петражицкого, верность слову у Шнейдера и т. п.), скрыть его явно капиталистическое содержание им не удалось. Как верно подметил А. Г. Зейц: «За этими отвлеченными этическими соображениями находятся живые, облеченные в плоть и кровь интересы оборота»²³. Недалеко от этого принципа ушла и теория непредвиденности французских юристов — *la théorie de l'imprévision* (Colin et Capitant), которые попросту распространяют на эти случаи (изменение условий) понятие *force majeure*. Для гражданского права современных буржуазных государств *clausula rebus sic stantibus* позволяет судам приходить на помощь при неустойчивости капиталистического хозяйства, подвергающегося влиянию рыночной стихии, валютной лихорадке, экономическим спадам.

В первые годы Советской власти некоторые юристы и в их числе А. Г. Зейц, работой которого мы воспользовались выше, полагали, что последующие изменения обстоятельств несомненно имеют серьезное значение и в условиях советского хозяйства. Основываясь на ст. 1 и 4 ГК РСФСР, эти юристы считали, что *clausula rebus sic stantibus* найдет применение и у нас. Одним из преданных защитников этого взгляда был А. М. Ладыженский, который утверждал, что жизненные явления весьма динамичны, поэтому указанная оговорка свойственна всякому правовому положению, а в революционную эпоху вообще смешон лозунг *fait iustitia, percat mundus*. Автор считал, что взгляды юристов на то, что даже самое плохое право отсутствия права, не применимо к указанной оговорке, а принципу «*pacta sunt servanda*» противостоит принцип «*conventiae omnes intelliguntur rebus sic stantibus* (все соглашения предполагают известным образом обстоятельства дела). А. М. Ладыженский полагал, что «клаузула является и самым общим, и самым спе-

²² См. А. Г. Зейц. Цит. работа, стр. 27—36.

²³ См. там же, стр. 39—42.

циальным, и исходным, и конечным принципом права»²⁴. Многие юристы отрицали наличие этой оговорки в советском праве. П. И. Стучка подчеркивал, что категория молчаливых условий не имеет характера настоящих условий, которые должны быть отражены в договоре; он отрицал содержание *clausul'ы rebus sic stantibus* в ст. I ГК²⁵.

Мы позволили себе изложить более или менее подробно различные взгляды на указанную правовую категорию, ибо эти взгляды имеют самое непосредственное отношение к категории невозможности исполнения, с которой мы связываем интересующую нас проблему риска. Кстати, нельзя не сказать, что некоторые приверженцы *clausul'ы* пытались воспользоваться «риском» для объяснения своей позиции. Так, один из сторонников взглядов Эртмана *Vöckel* указывал, что изменение договорного основания имеется там, где исполнение может последовать только с чрезмерными затратами, лежащими вне принятого на себя должником риска. Некоторые субъективные теории *clausul'ы rebus sic stantibus* гласили: там, где риск падает на одну из сторон, она должна исполнить обязательство, даже если изменились обстоятельства и для нее будет убыточно это исполнение. Поскольку до войны не знали сколько-нибудь серьезных экономических потрясений, эта так называемая теория риска не была принята. Упоминание о риске содержалось и в некоторых решениях Бундесгерихта и Рейсхгерихта: принятие лицом при заключении договора риска убыточных изменений условий и необходимость поступить иначе, руководствуясь принципом добросовестности, когда чрезвычайное, непредвиденное событие делает обременительным, точнее — разорительным исполнение для должника²⁶.

Мы еще раз имеем возможность убедиться в огромном разнообразии существовавших теорий риска, приспособлявавших эту категорию к различным правовым конструкциям. И эти теории по существу лишь подменяли понятием «риск» другие термины: молчаливую оговорку, критерий «добросовестности» и т. п. Так, у *Vöckel'a* субъект принимает на себя определенный уровень затрат, которые и составляют его риск. Оставим в стороне само неудачное выражение «принятие на себя риска», мы уже высказывались по этому поводу. Но даже если не обращать внимания на это, то все равно окажется, что риск — это заранее определенная сумма затрат, возможно и несколько большая, чем та, которая была определена в договоре, но во всяком случае, не доходящая до пределов чрезмерности. Примерно так же можно оценить и субъективную теорию риска, по которой изменение обстоятельств

²⁴ См. А. М. Ладыженский. Оговорка изменившихся обстоятельств (*clausula rebus sic stantibus*) в советском праве. «Право и жизнь», 1925, № 2—3, стр. 12, 14, 15.

²⁵ См. П. И. Стучка. Курс советского гражданского права, 2, М., Изд-во Ком. академии, 1929, стр. 235, 253.

²⁶ См. А. Г. Зейц. Цит. соч., стр. 20, 29, 37.

и есть риск, тоже ограниченный пределом довоенных знаний. Ничем не отличается от этого и ссылка на принятие субъектом в виде риска убыточных изменений условий договора, тоже не выходящих за рамки какой-то «добросовестности»²⁷.

Таким образом, о риске как о психическом отношении субъекта к своим действиям и к их результату в этих теориях и принципах нет и речи. Риск — это предел каких-то затрат, это ограничение какими-то рамками денежной суммы, причем *clausul'a* как основание отказа от исполнения срабатывает именно за пределами этого риска, а отсюда к имущественным последствиям, которые возникают при чрезвычайных, аномальных обстоятельствах, указанная категория риска не имеет никакого отношения. Но в том то и дело, что риск это не сумма, не предел, не принятие на себя каких-то затрат, когда исполнение допустимо, целесообразно, возможно, пусть даже и с какими-то трудностями. Риск выражается в допущении возможных невыгодных последствий именно тогда, когда исполнение сделалось невозможным, до этих пор допустимо говорить не о риске невозможности исполнения, а просто об убытках, которые несет та или иная сторона в ходе исполнения сделки, или во всяком случае — о риске исполнения²⁸. Риск это волевая категория. Субъект допускает, должен допускать определенные последствия при невозможности исполнения, в возникновении которой не будет ничьей вины и предотвратить которую нельзя. *Clausula* — это несуществующая оговорка обоих субъектов о том, что договор ими заключается в расчете на неизменность условий. Но, во-первых, какая-либо из сторон может просто безразлично относиться к изменению условий, предполагая изменение, она может рассчитывать на что-либо в своих интересах, во-вторых, предположение наличия о б о ю д н о й молчаливой оговорки — это действительно фикция²⁹, в-третьих, практически нет таких условий, которые бы не изменились, а, в-четвертых, даже чрезвычайные изменения далеко не всегда приводят к невозможности исполнить договор. Так, например, война сама по себе отнюдь не означает (об этом мы еще будем говорить), что договор не может быть выполнен.

²⁷ М. Л. Тамаркин указывает, что риск продавца по фрахтованию ограничен 15 шиллингами, остальное повышение идет за счет покупателя. (См. Техника реализации экспортного леса. М., Изд-во НКторга СССР и РСФСР, 1929, стр. 87). Heinrich Titze также предлагал посредством толкования договора устанавливать пределы того риска, который принял на себя должник. (См. *Richterrecht und Vertragsinhalt*, 1921).

²⁸ В связи с этим вызывает возражение такое широкое значение, которое иногда придается риску при решении вопроса о возможности или невозможности исполнения. Так, например, в приведенном решении внешнеторговой арбитражной комиссии указывается, что в договорах на длительный срок стороны принимают на себя известный риск, связанный с колебанием цен. (См. Д. Рамзайцев. О случаях невозможности исполнения договорных обязательств. «Внешняя торговля», № 4, 1956, стр. 25).

²⁹ См. Р. О. Халфина. Договор в английском гражданском праве. Л., изд-во АН СССР, 1959, стр. 270.

«Periculum» и «clausula» находятся в разных плоскостях. В первом случае мы сталкиваемся с сугубо субъективной категорией как с психическим отношением определенного субъекта к действию и его последствиям, пусть даже — с презюмируемым отношением; во втором случае мы имеем в виду объективную категорию — «оговорку» не только данного субъекта, хотя и категорию не всегда объективизированную, т. е. выраженную во вне, но это уже техническая сторона вопроса — юридическое оформление тех или иных условий договора. Риск — это сознательное допущение последствий. Оговорка — это признание неизменности условий (обстоятельств). Общего между этими категориями нет. Но тогда может быть *clausula rebus sic stantibus* входит в категорию невозможности исполнения? В свое время А. Г. Зейц указывал, что нельзя втискивать *clausul'у* в рамки невозможности исполнения. Это суть две разные вещи. Невозможность включает в себя действия вне сил должника. При *clausul'e* налицо невменение: исполнение возможно, но по тем или иным причинам правопорядок освобождает от него. В первом случае действие не может быть исполнено, во втором — оно может быть не исполнено. А. Г. Зейц приводит также различие между *clausul'ой* и случаями невозможности исполнения при необходимости применения чрезмерных усилий, грозящих разорению, ибо наличие таких последствий совсем не обязательно при *clausul'e* и достаточна лишь опасность значительного хозяйственного вреда, который нельзя допустить, исходя из принципа доброй совести, причем необходима лишь непредвиденность и отсутствие спекулятивной цели договора. Последствия *clausul'ы* — примирение, хотя бы путем возмещения негативного интереса.³⁰

Все это в общем верно, конечно, с определенным поправочным коэффициентом. Однако невозможность исполнения — это не просто более широкое понятие, а и понятие совершенно иное. Прежде всего, сама по себе невозможность исполнения хотя и связана с изменением обстоятельств против тех, которые существовали в момент заключения сделки, но не «изменение» является решающим фактором в этом случае. Центр тяжести здесь переносится на действия субъекта — должника, которые не могут быть совершены не только и не столько потому, что изменились условия, при которых заключалась сделка и которые имелись в виду при ее заключении, не потому, что была об этом какая-то предполагаемая оговорка, а потому, что исполнение является действительно невозможным. *Clausula rebus sic stantibus* была выдвинута юриспруденцией для защиты коммерсантов от экономических конъюнктурных потрясений, она дает возможность им уклониться от реального исполнения обязательств, когда таковое просто становится невыгодным и грозит причинением убытков. Эта юридическая категория чужда совет-

³⁰ См. А. Г. Зейц. Цит. соч., стр. 44, 45.

скому гражданскому праву, хотя, как мы увидим ниже, в определенных случаях изменение условий может повлиять на силу договора и должно быть квалифицировано как невозможность исполнения.

В правовой литературе до сих пор не прекращаются споры не только о существовании *clausul'ы rebus sic stantibus*, но и о существовании категории «невозможности исполнения» как самостоятельной юридической категории. «Если действие, составляющее удовлетворение, невозможно, оно уже противно этому характеру обязательства», — писал Ф. К. Савиньи³¹. «Должник отвечает за убытки, причиненные неисполнением или ненадлежащим исполнением, как общее правило, если не докажет, что исполнение вполне или в части сделалось невозможным вследствие такого события, которое он не мог ни предвидеть, ни предотвратить...», — утверждает И. М. Тютрюмов³². «Обязательства с невозможным доставлением не имеют силы и стоят вне правопорядка», — указывает С. А. Беляцкий³³. В качестве примеров С. А. Беляцкий приводит такие, как невозможность попасть в Америку за один день даже на аэроплане, невозможность в три дня построить и разрушить дом. Эти примеры сегодня звучат странно и лишь доказывают явную относительность понятия «невозможность исполнения».

О том, что невозможность исполнения является самостоятельной категорией обязательственного права высказался Л. А. Лунц³⁴ и некоторые другие авторы³⁵. В то же время ст. 118 и 119 ранее действовавшего Гражданского Кодекса РСФСР понимали под невозможностью исполнения лишь случаи, когда она образовалась в силу причин, не зависящих от должника, т. е. при отсутствии вины с его стороны. Именно так понималась невозможность исполнения и в ряде дореволюционных правовых норм, и правовых норм зарубежных государств. Это и побудило некоторых ученых выступить с резкой критикой указанной правовой категории, считая ее не нужной, лишеной всякого самостоятельного значения.

Д. М. Генкин писал, что сама по себе невозможность исполнения вне вопроса о вине не может вызвать недействительность обязательства; должник всегда отвечает, если невозможность вызвана его виной³⁶. Он критикует различные соображения,

³¹ Ф. К. Савиньи. Обязательственное право. М., 1876, стр. 261.

³² И. М. Тютрюмов. Гражданское право. Юрьев. 1922, стр. 266.

³³ С. А. Беляцкий. Частное право в основных принципах. Каунас, 1928, стр. 370.

³⁴ См. Л. Лунц. О влиянии изменений экономической конъюнктуры на обязательства частного права. «Материалы НКЮ» вып. XV, М., 1922, стр. 48.

³⁵ Можно сослаться на фундаментальный труд болгарского юриста Кожухарова Облигационно право «Държ. изд. Наука и изкуство», София, 1956, стр. 195, и др. См. также Е. Годэмэ. Общая теория обязательств. М., 1948, стр. 380 и многие труды других авторов.

³⁶ См. Д. М. Генкин. К вопросу о влиянии на обязательство невозможности исполнения. «Сборник статей по гражданскому и торговому праву памяти Г. Ф. Шершеневича», М., 1915, стр. 106.

выдвигаемые в защиту безусловного и самостоятельного влияния на обязательство «невозможности исполнения». Прежде всего — это соображения логики. Именно логика требует не ставить знака равенства между невозможным и недолжным; первое еще не становится *eo ipso* вторым. Ответственность, которая придает должностованию юридическое значение, выражается не только в необходимости исполнить, но и в принудительном взыскании убытков. Значит невозможность не знаменует собой прекращение ответственности, а следовательно, и действия обязательства. Ответственность связана с виновностью и отпадает при отсутствии вины. Не правы, по мнению Д. М. Генкина, и те авторы, которые видят действие невозможности в отпадении цели (например, у Titzze — корабль сам снялся с мели до того, как приступили к исполнению договора о его спасении). Раз цель достигнута, она выполнима и о невозможности говорить нельзя, можно лишь ставить вопрос о возмещении отрицательного интереса³⁷. Автор далее утверждает, что понятие «невозможность исполнения» должно рассматриваться не только с точки зрения абстрактной логики, но прежде всего как понятие юридическое. Римские юристы связывали невозможность с формальными сделками — с передачей вещи в собственность (*dare*): невозможно то, чего нет, что немыслимо по *natura rerum*. В других случаях вопрос ставился о невозможности, по утверждению Д. М. Генкина, не самостоятельно, а в связи с виновностью должника³⁸. Автор подчеркивает, что взгляд на самостоятельность действия невозможности исполнения повлек создание теории деликтного основания для ответственности за невозможность, возникшую по вине должника. Это не состоятельно. Могут быть случаи и невиновной невозможности исполнения, которая не обязательно должна влечь недействительность сделки, а может привести к отсрочке исполнения. Отсюда — нецелесообразность этой категории. Д. М. Генкин категорически провозглашает: «Нет нужды в сохранении особого юридического понятия невозможности с его теоретически неясным содержанием и практически нецелесообразными результатами»³⁹. Невозможности исполнения придается не самостоятельное влияние на обязательство, а она рассматривается в связи с вопросом о виновности должника и освобождении его от ответственности при отсутствии вины, утверждает автор.

Точку зрения Д. М. Генкина решительно поддерживает Я. А. Канторович, указывающий: «Невозможность как понятие с самостоятельным содержанием и с безусловным действием на силу обязательств не существует. Она является одним из фактических обстоятельств, производным результатом их, и может, при известных условиях, в числе их, главным образом, при условии

³⁷ См. Д. М. Генкин. Цит. статья, стр. 107, 108.

³⁸ См. там же, стр. 115.

³⁹ Там же, стр. 119.

отсутствия вины должника, освободить его от ответственности за неисполнение обязательства»⁴⁰. В другой своей работе Я. А. Канторович подтверждает эту позицию, указывая, что невозможность исполнения не решает сама по себе вопроса об освобождении от ответственности, поскольку нет единого понятия невозможности, а вопрос о ней зависит от конкретных условий данного случая⁴¹. Автор далее подчеркивает, что должник должен принять меры предосторожности, применить разумные, добросовестные старания, и если все же при этом наступит невозможность исполнения, следует считать, что либо обусловившее ее обстоятельство не могло быть предвидено, либо устранено обыкновенными человеческими силами⁴².

Иронически отзывался о категории «невозможности исполнения» А. А. Каравайкин, который, критикуя одновременно и теорию вины и теорию причинения, указывал, что обе эти теории «трогательно объединяются учением о невозможности исполнения», ибо вопрос об ответственности зависит от степени вины: если по теории вины освобождение от ответственности следует в тех случаях, когда должник не мог предвидеть и предотвратить, несмотря на все меры, причинение вреда, по второй (теории причинения) — должник не отвечает, если причина лежит во внешней сфере и зависит от чрезвычайных обстоятельств стихийного порядка. По теории вины гибель предмета, определенного родовыми признаками, освобождает от ответственности, когда доставление имущества того же рода стало объективно невозможным⁴³. А. А. Каравайкин непреклонен в своем суждении, он указывает, что вместо учения о невозможности исполнения, выброшенного на свалку, мы выдвинули принцип реального исполнения договоров⁴⁴.

Однако не все ученые столь категоричны в своих суждениях относительно полного отрицания самостоятельности этой категории в нашем гражданском праве. Как видно из вышеприведенных определений некоторых юристов, они не отрицают наличия невозможности исполнения как правовой категории, но лишь тогда, когда она обусловлена непредотвратимым обстоятельством. Именно такого взгляда придерживается и Л. А. Лунц в его совместной работе с И. Б. Новицким об обязательствах⁴⁵. Одним из защитников самостоятельности категории «невозможности исполнения» был Т. М. Яблочков. Он подчеркивал, что «права находят

⁴⁰ Я. А. Канторович. Невозможность исполнения обязательств. Петр., 1917, стр. 6, 7.

⁴¹ См. Я. Канторович. Невозможность исполнения обязательств по гражданскому кодексу. «ВСЮ», 1925, № 4, стр. 155, 157.

⁴² См. ту же статью, «ВСЮ», № 5, стр. 197.

⁴³ См. А. А. Каравайкин. Исполнение договоров. М., Изд-во «Сов. законодат.», 1934, стр. 27.

⁴⁴ См. там же, стр. 51.

⁴⁵ См. И. Б. Новицкий, Л. А. Лунц. Общее учение об обязательстве. М., Госюриздат, 1950, стр. 406.

естественную границу в невозможности их удовлетворения. Обязательственное отношение, направленное на невозможное исполнение, ничтожно»⁴⁶. Т. М. Яблочков полемизирует с Д. М. Генкиным, указывая, что нельзя считать основой ответственности сделку, нельзя отрицать возможности принятия на себя стороной последствий неисполнения, в котором она не виновата. В качестве примера автор ссылается на известное дело с Синклеровской разведывательной компанией. Вот обстоятельства этого дела. 21—24 марта 1925 года Московский губернский суд рассмотрел иск президиума ВСНХ СССР к американскому обществу «Синклеровская разведывательная компания» о расторжении концессионного договора на разработку нефтяных площадей на территории Сахалина. Договор был заключен компанией 7 января 1922 года с правительством Дальневосточной республики. Этот договор после объявления республики нераздельной частью РСФСР был принят правительством РСФСР с внесением в него поправок в связи с политическими переменами в ДВО. Компания нарушила договор, не приступив к работам, несмотря на шестимесячную льготу. В числе других возражений ответчик сослался на непреодолимую силу, выразившуюся в интернировании группы японцами. Суд указал, что не всегда невозможность исполнения освобождает от ответственности даже при отсутствии вины, кроме того, стороны могут взять на себя обязанность исполнения при любых обстоятельствах. При заключении данного договора стороны учитывали факт возможной японской оккупации, не считая ее препятствием. Договор был признан судом, потерявшим силу⁴⁷.

Не связывал невозможность исполнения во всех случаях с виной и П. Н. Гусаковский, который еще в 1913 году отметил, что для освобождения от ответственности нужны два условия: невозможность и отсутствие вины, причем главное условие — это невозможность. Автор признает, что ни один из кодексов не говорит, как понимать невозможность — как абсолютную категорию или как относительную, т. е. с учетом тех обстоятельств, в которых находится должник⁴⁸. Я. И. Рапопорт высказался за относительность указанного понятия, за то, что только суд в каждом отдельном случае вправе признать наличие невозможности исполнения, ибо то, что трактуется логически как невозможность, далеко не всегда тождественно понятию этого термина в его юридическом словоупотреблении⁴⁹. С. В. Минц указал (и с этим нельзя

⁴⁶ Т. М. Яблочков. Невозможность исполнения и сила договорного обязательства. «Право и жизнь», № 4—5, 1926, стр. 15.

⁴⁷ См. Леонтьев. Процесс «Синклеровской разведывательной компании». «ЕСЮ», (Еженедельник советской юстиции), 1925, стр. 385—388.

⁴⁸ См. П. Н. Гусаковский. Ответственность за исполнение договоров. «Журнал Министерства Юстиции», № 8, 1913, стр. 14, 15.

⁴⁹ См. Я. И. Рапопорт. Докл. Проблема невозможности исполнения в советском праве. «ВСЮ», № 24, 1928, стр. 748.

не согласиться), что «проблема невозможности исполнения во всех ее видах приобретает в социалистическом государстве новое содержание и облекается в новую форму»⁵⁰. М. М. Агарков отмечал, что в советском праве не придается такого значения понятию невозможности исполнения, как в буржуазном праве. Ученый, по нашему мнению, дал очень удачную конструкцию этой категории: недопустимость требования реального исполнения и означает невозможность исполнения. Иначе, то, что противоречит правилам социалистического общежития, что запрещено законом, что фактически невысказуемо, то и невозможно исполнить, причем автор указывает, что закон (ст. 118 ГК РСФСР) имеет в виду не только физическую невысказуемость, но и юридическую затруднительность, выходящую за границу возможного требования (например, болезнь исполнителя позволяет ему выполнить работу, но такое исполнение будет крайне мучительно)⁵¹.

Не всеми этот взгляд на невозможность исполнения был встречен одинаково. Так, В. А. Туманов упрекает М. М. Агаркова в его чрезмерном внимании к этой категории, он считает, что нужно просто говорить об отсутствии вины, так как доказать возможность — это значит доказать вину, обратное означает, что доказана невиновность⁵². Иначе оценивает позицию М. М. Агаркова В. А. Рахмилович, который полностью присоединяется к ней, подчеркивая условность самого термина («невозможность исполнения», исключительность случаев замены реального исполнения, изменения содержания обязательств⁵³. В. А. Рахмилович отмечает, что в законе и науке нет определения «невозможности исполнения», а это означает, что нельзя требовать лишь реального исполнения. Ученый довольно определенно высказывается о том, что данная категория должна быть признана излишней, как обстоятельство, освобождающее от ответственности; он также предлагает устранить положение об объективной невозможности исполнения в отношении родовых обязательств, как не соответствующее принципу плановости⁵⁴. Как мы увидим, такое категоричное утверждение вряд ли оправданно. Связывает с реальным исполнением эту категорию и Л. А. Лунц⁵⁵. Специально разработке этого вопроса посвятила свое диссертационное исследование

⁵⁰ С. В. Минц. Договорные обязательства в условиях военного времени. «Учен. записки ВИЮН», вып. 3, М., Госюриздат, 1944, стр. 84.

⁵¹ См. М. М. Агарков. К вопросу о договорной ответственности. «Вопросы советского гражданского права», М.—Л., Изд-во АН СССР, 1945, стр. 116.

⁵² См. В. А. Туманов. «Случай» и «непреодолимая сила» в советском гражданском праве. Канд. дисс. М., 1951, стр. 106.

⁵³ См. В. А. Рахмилович. Основные вопросы договорной ответственности по советскому гражданскому праву. Канд. дисс., стр. 98.

⁵⁴ См. В. А. Рахмилович. Доклад в Институте права АН СССР. К вопросу об ответственности за неисполнение обязательств в советском гражданском праве. «Советское государство и право», № 3, 1949, стр. 72.

⁵⁵ См. И. Б. Новицкий, Л. А. Лунц. Цит. соч., стр. 298.

Ю. Э. Милитарева, которая в принципе согласна с трактовкой этой категории, данной М. М. Агарковым⁵⁶. Так, она также полагает, что с точки зрения советского права невозможно то, что хотя юридически и физически возможно, но связано с трудностями, преодоление которых недопустимо, исходя из общих принципов и норм социалистического общежития. Автор не сводит невозможность исполнения только к отсутствию вины, подчеркивая, что ст. 118 ГК освобождает от ответственности прежде всего при невозможности исполнения, а потом уже из-за отсутствия вины, и все же границы между виной и невиновностью, по ее мнению, проходят по линии, где кончается возможность⁵⁷. Ю. Э. Милитарева вместе с тем полагает, что конструкция «невозможности исполнения» является в значительной мере искусственной и считает, что поскольку это понятие расширяется далеко за пределы его буквального смысла, необходимо в гражданском кодексе четко указать случаи освобождения от ответственности, поскольку при невозможности реального исполнения всегда возможно денежное возмещение⁵⁸. Солидарны с М. М. Агарковым многие юристы. Так, Н. И. Краснов указывает, что «невозможность исполнения есть не что иное, как недопустимость требования реального исполнения»⁵⁹. Присоединяются к этой позиции и З. Г. Крылова⁶⁰, и Е. М. Яковлева⁶¹.

Статья 235 нового ГК РСФСР гласит: «Обязательство прекращается невозможностью исполнения, если она вызвана обстоятельством, за которое должник не отвечает...».⁶² Следовательно, закон не отождествляет невозможность исполнения с виной, рассматривает ее как самостоятельную категорию, связывая лишь последствия (прекращения обязательства) с наличием вины должника при невозможности исполнения. Аналогичная норма принята в кодексах других союзных республик и социалистических стран. Так, в Польской Народной Республике § 1 ст. 475 ГК гласит: «Если исполнение стало невозможным вследствие обстоятельств, за которые должник не несет ответственности, обязательство прекращается»⁶³. Более категорично изложено это условие в Гражданском Кодексе ЧССР. В § 93 этого кодекса записано следующее: «Если исполнение станет невозможным, обязательство прекращается»⁶⁴. Таким образом, прекращение обязательства

⁵⁶ См. Ю. Э. Милитарева. Невозможность исполнения обязательства. Канд. дисс., М., 1951, стр. 42.

⁵⁷ См. там же, стр. 50, 51, 163.

⁵⁸ См. там же, стр. 94—96.

⁵⁹ Н. И. Краснов. Реальное исполнение договорных обязательств. М., Госюриздат, 1959, стр. 149.

⁶⁰ См. З. Г. Крылова. Исполнение договора поставки. М., Юриздат, 1968, стр. 47.

⁶¹ См. Е. М. Яковлева. Ответственность за несвоевременное исполнение и неисполнение плановых обязательств. Душанбе, 1962, стр. 161.

⁶² ГК РСФСР, М., Юриздат, 1968, стр. 65.

⁶³ ГК ПНР, М., Изд-во «Прогресс», 1966, стр. 159.

⁶⁴ ГК ЧССР. М., Изд-во «Прогресс», 1966, стр. 34.

при невозможности исполнения в гражданском законодательстве ЧССР непосредственно не связывается с виной должника.

Самостоятельность этой категории, закрепленная в законе, обосновывается и практически и теоретически. Прежде чем ответить на вопрос: совпадает ли невозможность исполнения с невиновностью, следует разобраться, что нужно вообще понимать под невозможностью исполнения. Выше мы проявили солидарность с мнением М. М. Агаркова о том, что невозможность должна относиться к реальному исполнению. Действительно, соблюдение принципов реального исполнения, недопустимость замены реального исполнения суррогатами — основные требования советского договорного права. Возмещение убытков, взыскание санкций никогда не смогут в полном объеме заменить собой исполнение в натуре, ибо для нашего права, для нашего народного хозяйства чужд взгляд на договор как на средство получения прибыли. Иное дело в капиталистических странах. Капиталисту важно урвать свою часть из общей массы прибыли, при этом он даже не брезгает спекулятивной продажей (например, титула собственности), он считает себя вправе по своей воле не исполнить договор в натуре. Главным же является принцип «свободы» в исполнении обязательств. Суррогаты исполнения — это своего рода страховка в условиях хаоса и стихийности, там — в капиталистическом обществе все в конечном счете превращается в деньги. Деньги, прибыль, возмещение отрицательного интереса — основная цель любого договора⁶⁵. В социалистическом обществе обязанность сторон друг перед другом — это прежде всего их обязанность перед государством; невыполнение договора в натуре каким-либо предприятием наносит ущерб государству, ибо в нашем плановом хозяйстве все договоры взаимно обусловлены и связаны. Но даже если речь идет о взаимоотношениях граждан, их сделки лишены цели извлечения какой-либо прибыли, они ничего общего не имеют с духом бизнеса, которым отравлено капиталистическое общество. Когда мы говорим о прекращении исполнения, мы имеем в виду именно прекращение реального исполнения, хотя это отнюдь не всегда означает прекращение действия всего обязательства и может привести к предъявлению требования о возмещении убытков, уплате санкций и т. п.⁶⁶ Только при отсутствии вины, вызвавшей необходимость освобождения от реального исполнения, прекращается действие обязательства в целом. Причем, в этом случае прекращение обязательства вызывается не невозможностью его исполнения

⁶⁵ См. А. С. Каравайкин. Цит. соч., стр. 20—23.

⁶⁶ Русский сенат в решении по делу № 82 1881 года указал, что причина уничтожения предмета безразлична и сам договор при этом автоматически уничтожается, а при вине должника следует ответственность из правонарушения. (См. Я. А. Канторович. Война и исполнение обязательств. Петр., 1917, стр. 121). Правильность такого вывода весьма и весьма сомнительна.

в полном объеме (оплата убытков и санкций обычно вполне возможна)⁶⁷, а невиновной невозможностью именно реального исполнения. Значит, во всех случаях невозможность исполнения (виновная она или нет) относится только к части обязательства — к реальному исполнению, к исполнению в натуре. Можно согласиться поэтому с Ю. Э. Милитаревой, которая считает, что более точно говорить о «невозможности исполнения обязанности»⁶⁸. Однако автор при этом имеет в виду какую-либо, т. е. любую конкретную обязанность, и с этим нельзя согласиться. Категория «невозможность исполнения обязательства» достаточно определенно указывает не на любую обязанность, а на обязанность исполнения в отношении предмета договора — его реального исполнения, хотя допустима и частичная невозможность исполнения. Освобождение от реального исполнения может последовать и при наличии вины должника. Так, например, в силу ряда обстоятельств, в том числе и плохой организации производства, кондитерская фабрика «Ширин» г. Душанбе срывала в 1967 году выполнение плана. Это вынудило планирующие органы в IV квартале сократить годовой план производства, поскольку его выполнение было абсолютно нереальным, оставив без изменения план IV квартала. Контрагенты фабрики вправе были предъявить к ней иски о взыскании санкций за соответствующие периоды и за невосполнение недопоставки, но с момента сокращения плана взыскание санкций за невосполнение недопоставки уже не могло производиться, поскольку план производства за предыдущие периоды был изменен и налицо была невозможность исполнения, хотя и вызванная виной предприятия. В данном случае кредитор лишился даже возможности в полном объеме (путем суммирования обязательств) наказать должника при виновной невозможности исполнения, но чаще всего риск кредитора в подобных случаях ограничивается лишь невозможностью получить исполнение в натуре. И это тоже риск, ибо, повторяем, во многих случаях замена исполнения не может быть тождественна реальному исполнению и интерес кредитора окажется до конца не удовлетворенным. К этому нужно добавить наличие случаев виновной гибели субъекта, виновной его неплатежеспособности, гибели индивидуально-определенной вещи и даже виновной гибели генерических вещей у социалистической организации, когда при определенных обстоятельствах, о которых у нас речь пойдет в Особенной части работы, кредитор лишается права на возмещение даже убытков, т. е. когда риск является субъективным основанием распределения (принятия) на ту или иную сторону невыгодных последствий при подобной невозможности исполнения.

⁶⁷ См. известное дело об ограблении фашистами банка в Тарусе — иск дома отдыха Поленово к Тульской конторе госбанка (Сборник постановлений пленума и определений Верховного Суда СССР за 1944 г., стр. 242, 243).

⁶⁸ См. Ю. Э. Милитарева. Цит. работа, стр. 3.

Вопрос о риске возникает и при невозможности, не связанной с виной должника⁶⁹. Можно пойти, как говорится, и от обратного, доказывая на конкретном примере несовпадение понятий отсутствия вины и невозможности исполнения. Так, Госарбитраж при Совете Министров СССР в 1968 году рассмотрел иск Нижнекамского завода железобетонных конструкций к конторе Южуралстройснабсбыт и Катав-Ивановскому цемзаводу о взыскании санкций в сумме 14 337 рублей за недопоставку цемента. Из дела следовало, что в связи с задержкой ввода цемзавод ставил вопрос о снятии плана. Однако план не был снят, а изготовление и поставка цемента были возможны, но это было сопряжено с очень большими трудностями. Задержка ввода предприятия в эксплуатацию свидетельствовала об отсутствии вины цемзавода, что позволило арбитражу снизить сумму взысканных санкций, но возможность исполнения была⁷⁰. Окончание календарного года при поставке планируемой продукции обычно создает невозможность исполнения в будущем, если до 1 января допущена недопоставка и ни о каком суммировании обязательств, ни о каком взыскании санкций за невосполнение недопоставки в следующем году, как правило, не может быть и речи, как не может быть речи о получении недопоставленного в натуре.

Невозможность исполнения это категория исключительная, которая никогда не возводилась в принцип советского обязательственного права. Вряд ли прав А. А. Каравайкин, утверждающий, что вместо «невозможности» выдвинут принцип реального исполнения договоров. Никакого противопоставления здесь нет и невозможность исполнения лишь является исключением из принципа реального исполнения. Иногда противники этой категории в советском праве замечали, что она де детище буржуазного права, но в том-то и дело, что в буржуазном праве далеко не всегда признается категория «невозможности исполнения». Раз должник взял обязательство, он взял на себя, не сделав никакой оговорки, и риск его выполнения; поскольку реальное *specific performance* встречается редко, а чаще происходит замена уплатой денег, то и невозможность исполнения применяется весьма и весьма редко. Исключение составляют непреодолимая сила, изменения закона — *legal impossibility* а также подразумеваемое условие, обстоятельство, которое не могли предвидеть и предотвратить — *frustration*⁷¹.

⁶⁹ Прав Я. А. Канторович (см. Невозможность исполнения обязательства, Петр., 1917, стр. 8), говоривший здесь о страхе (*periculum obligationis*).

⁷⁰ См. дело № 6/256 в архиве Госарбитража при Совете Министров СССР за 1968 год.

⁷¹ См. доклад Т. Б. Мальцман. О невозможности исполнения договора по современному английскому праву. «Советское государство и право», № 8—9, 1946, стр. 59.

Из всего изложенного видно, что невозможность исполнения может быть вызвана и виной должника, но при этом она все равно остается невозможностью — самостоятельной категорией и поэтому никак нельзя согласиться с позицией, занятой в этом вопросе Д. М. Генкиным, Я. А. Канторовичем и другими авторами и сводящейся к признанию ненужности этой правовой категории. Противники невозможности исполнения как самостоятельной категории считали, что невозможность исполнения является лишь одним из фактических обстоятельств, которое при известных условиях может сделать обязательство недействительным⁷².

Оставим в стороне вопрос о последствиях — о необходимости признания обязательства недействительным, прежде всего никак нельзя согласиться с приравниванием невозможности исполнения к фактическим обстоятельствам. Наоборот, фактические обстоятельства приводят к невозможности исполнения. Совершенно очевидно, что между этими фактическими обстоятельствами и невозможностью из-за них исполнения должна быть причинная связь, при наличии которой невозможность исполнения представляет собой самостоятельно существующую объективную юридическую категорию, непосредственно связанную с одним из основных принципов обязательственного права — принципом реального исполнения. Итак, «невозможность исполнения» — это объективно существующее положение, в котором оказались стороны (сторона) вследствие обстоятельств, исключающих реальное совершение действий в отношении предмета (предметов) обязательства⁷³.

§ 9. Виды невозможности исполнения

С неменьшей силой, чем по вопросу о существовании самостоятельной категории «невозможность исполнения» в правовой литературе велись споры о том, нужно или не нужно делить эту категорию на различные виды. Но как бы ни старались авторы, отрицающие необходимость подразделения невозможности исполнения, они вынуждены либо так или иначе признавать различие в видах этой категории, либо вообще заменить ее просто отсутствием вины. Так, например, В. А. Туманов пишет, что во избежание споров, какая имеется невозможность: физическая,

⁷² См. Я. А. Канторович. Невозможность исполнения обязательств по гражданскому кодексу. «ВСЮ», 1925, № 4, стр. 157.

⁷³ Нужно сказать, что в арбитражной практике часто ссылаются на отсутствие вины, т. е. на субъективную сторону, тогда как на самом деле прежде всего налицо «невозможность исполнения»: отсутствие транспорта, гибель урожая, недостаток емкостей и т. п. (См., например, решение о невозможности приемки мяса, которое приводит Н. А. Боровиков в работе «Договор контрактации сельскохозяйственной продукции». М., «Юридическая литература», 1971, стр. 132).

логическая, хозяйственная и т. д., лучше всего сказать: не по вине¹. На неправильность подобных взглядов мы указывали в предыдущем параграфе, и поскольку совершенно очевидно, что невозможность исполнения далеко не всегда можно свести лишь к отсутствию вины, поскольку категория эта существует, нет никаких оснований отрицать и ее виды, что позволяет лучше разобраться в этом очень важном понятии, в связях его с риском.

Доказывая самостоятельность «невозможности исполнения» как правовой категории, мы были вынуждены разграничить, как это делает и законодатель, невозможность виновную от невозможности невиновной. Мы приводили примеры из практики социалистических предприятий, из которых следует, что снятие плана, даже если оно было вызвано виной предприятия, не делает исполнение возможным². Не делает исполнение возможным и гибель предмета, если восстановить погибший предмет уже нельзя, хотя и в действиях субъекта имеются признаки вины. Как можно исполнить договор о написании картины, если художник просто без серьезных мотивов отказывается от ее написания, а замена автора исключается, ибо заказчик желает иметь оригинальное произведение только данного автора? Конечно, если в договоре допускается замена, то исполнение вполне возможно. Так, например, 15 июня 1925 года Ревком Таджикской АССР заключил договор с СОАГИЗом о закупке бронзовой скульптуры В. И. Ленина для установления ее в столице республики. В договоре указывалось, что скульптура должна принадлежать резцу Меркулова и Андреева, но допускалось, что в случае болезни авторов или невозможности изготовления ими по другим причинам СОАГИЗ оставляет за собой право передать работу другим скульпторам³. В этом примере допустим и отказ скульптора от работы без достаточно уважительной причины, но индивидуальность творчества не допускает в ряде случаев одностороннюю замену исполнителя и приводит к невозможности исполнения. Как было указано выше и как будет подробно указано в Особенной части работы, в большинстве случаев виновная невозможность влечет за собой ответственность в виде санкций и возмещения убытков и лишь освобождение от реального исполнения, которое невыполнимо, приравнивает эти случаи к категории невозможности исполнения, с частичным риском того субъекта, для которого именно реальное исполнение было необходимо. О таком риске можно говорить только в нашем социалистическом обществе, но о нем нет речи среди буржуазных юристов, которые считают, что в тех случаях, когда субъект отвечает за действия, которые вызвали невозможность исполнения, обязательство в полной мере сохраняет свое значение в виде притязаний на денежное вознаграждение. К этим

¹ См. В. А. Туманов. Цит. диссертация, стр. 106.

² См. Е. М. Яковлева. Цит. соч., стр. 161.

³ ЦГА Таджикской ССР, ф. 9, оп. 1, ед. хр. 77, л. 18.

случаям относится и нахождение субъекта в просрочке (in mora) ⁴, которая действительно может привести к невозможности исполнения, но ведь и сама просрочка может быть вызвана как виной субъекта, так и произойти без всякой его вины.

Таким образом, невозможность исполнения прежде всего бывает виновной и невиновной. Кроме того, она подразделяется на объективную и субъективную. Под объективной невозможностью буржуазные юристы понимают такую, которая касается всех без изъятия, а под субъективной — такую, которая зависит от свойств верителя или должника и положения их дел, и которую в Германском Гражданском Уложении называли еще «неспособностью к исполнению» ⁵. Не все, однако, авторы давали широкое понятие субъективной невозможности исполнения. Иногда полагали, что субъективная невозможность — это невозможность, обусловленная лишь отсутствием сил и средств у данного должника, поэтому она не делает обязательство недействительным в отличие от невозможности объективной ⁶. Кстати, объективная невозможность зачастую понималась иначе, чем указано выше. Считалось, что факта одного непредвидения и предотвращения недостаточно, необходимо отсутствие возможности (исходя из уровня среднечеловеческого — *diligentia in abstracto*) и обязанности предвидеть и предотвратить ⁷. Здесь явно путаются субъективные моменты (предвидение) с объективными (предотвращение), кроме того, совершенно не понятно противопоставление для оценки объективности должного и возможного поведения. Такого противопоставления на самом деле нет, и если субъект мог предвидеть, мог и должен был предотвратить последствия, он признается виновным в их образовании и речь здесь может идти не столько об объективной, сколько о виновной невозможности исполнения.

Все же большинство авторов понимают субъективную невозможность как невозможность, всецело связанную с личностью данного субъекта: физическая смерть, лишение прав, лишение умственных способностей, монашество, лишение свободы, впадение в неизлечимую болезнь; сюда же относят несчастные случаи с близкими субъекту людьми. Иначе — объективная невозможность, которая наступает тогда, когда действие может быть совершено всяким другим лицом. В качестве примера, не допускающего в этих случаях освобождение от исполнения, многие дореволюционные авторы приводили случай перевода военнослужащего по воле начальства и вызванную этим переводом невозможность продолжения аренды квартиры. Военнослужащий не был освобожден от исполнения, так как независимо от перевода мог

⁴ См. Генрих Дербург. Цнт. соч., стр. 176.

⁵ См. там же. стр. 42.

⁶ См. С. А. Беляцкий. Частное право в основных принципах. Каунас, 1928, стр. 371.

⁷ См. там же, стр. 409.

оставлять за собой квартиру или сдать ее в поднаем⁸. Не одинаково относились ученые и к последствиям объективной и субъективной невозможности исполнения. Как видно из изложенного, большинство из них отдавали предпочтение объективной невозможности, которая лишь одна давала право отступить от договора. Я. А. Канторович, придерживаясь такой позиции, ссылается на точку зрения Крюкмана⁹ о том, что правило *impossibilium nulla obligatio* применимо лишь к объективной невозможности, ибо при субъективной невозможности существует вероятность возможности исполнения, причем эта вероятность несравнимо больше, чем при объективной невозможности. Еще Ф. К. Савиньи, указывая на то, что важное различие невозможности коренится или в природе самого действия, или в личном положении должника и на то, что лишь первый вид (объективный) должен считаться невозможностью, приводит давнее Венулий наименование этих видов невозможности. Венулий объективную невозможность исполнения называл *impedimentum naturale*, а субъективную, не имеющую последствий, — *facultas dandi*¹⁰. Но были и такие ученые, которые считали, что если доказано, что случившееся не зависело от данного субъекта, то этого вполне достаточно для признания невозможности исполнения. П. Н. Гуссаковский, например, утверждал, что «для освобождения должника от ответственности за исполнение требуется лишь субъективная для него невозможность исполнения обязательства, а не объективная его неисполнимость»¹¹. Однако в последующие годы подавляющее большинство авторов пришло к выводу, что освобождает от ответственности лишь объективная невозможность, которая признавалась ими только в тех случаях, когда всякое лицо на месте должника не смогло бы выполнить обязательство (например, дом сгорел от пожара, возникшего в соседнем доме), тогда как субъективная невозможность означает, что другое лицо вполне могло бы выполнить это обязательство (например, болезнь должника)¹².

О необходимости сохранения деления невозможности исполнения на субъективную и объективную высказался в прениях по докладу «Проблема невозможности исполнения в советском праве» В. И. Сливацкий¹³. Особое внимание делению невозможности исполнения на субъективную и объективную уделил Я. А. Канторович. Он дал очень интересный анализ различных точек зрения. Так, большинство авторов (пендектисты, Дербург, Шершеневич

⁸ См. В. Л. Исаченко и В. В. Исаченко. Цит. работа, стр. 632—634.

⁹ См. К р ю к м а н п. *Unmöglichkeit und unmöglichkeits process*, 1910.

¹⁰ См. Ф. К. Савиньи. *Обязательственное право*. М., 1876, стр. 263, 264. Венулий противопоставлял естественное препятствие личной невозможности, связанной с невыгодой предоставления обещанного.

¹¹ См. П. Н. Гуссаковский. Цит. статья, стр. 7.

¹² См. «Хозяйственное право» под редакцией Бюро заочного юридического образования, 1927, стр. 63, 64.

¹³ См. «ВСЮ», № 24, 1928, стр. 750.

и др.) понимали под субъективной невозможностью именно невозможное для данного субъекта, а под объективной — невозможность для всякого третьего. Другие авторы полагали, что основание объективной невозможности в объекте, а субъективной — в субъекте¹⁴. Сам же Я. А. Канторович, как известно, вообще отрицал самостоятельность категории «невозможность исполнения», а следовательно, и все ее виды. Тем не менее еще до сих пор в правовой литературе сохраняется это деление, в основном как разграничение невозможности для данного субъекта и для всех субъектов. Невозможность исполнения должна носить объективный характер, — утверждает Jaroslav Hrivnák — т. е. исполнение должно быть невозможно не только для данной организации, но вообще невозможно. Субъективная невозможность возникает только для должника по субъективным причинам, в то время как такое выполнение вообще возможно; она не освобождает от ответственности по договору». ¹⁵

Деление невозможности исполнения на объективную и субъективную подвергалось неоднократно критике со стороны многих ученых. Если вещь украдена или утеряна, то это пока субъективная невозможность, а если вор уничтожил эту самую вещь, то будет уже невозможность объективная, но поскольку, как правило, не известно, что произошло с вещью, не представляется возможным установить, какая же невозможность: объективная или субъективная препятствует данному исполнению. Предмет действия обязанного лица неотделим от субъекта обязательства. Например, если пианист сломал руку, это объективная невозможность, хотя она и обусловлена причиной, связанной с личностью субъекта. Так критикует это разграничение Д. М. Генкин¹⁶. Он указывает, что вполне допустимо исполнение обязательства через третье лицо, поэтому для кредитора безразлично (кроме случаев сугубо личного исполнения), мог ли субъект сам выполнить договор или он мог его выполнить с помощью другого лица, в этих случаях вообще отпадает вопрос о невозможности исполнения; если же мы встречаемся с невозможностью строго личного исполнения, то такая невозможность будет одновременно и объективной. Такая же объективная невозможность будет и тогда, когда допущена имеющая важное значение для обязательства просрочка (тога); даже если она и вызвана обстоятельствами, связанными с личностью обязанного¹⁷. На неточность такого деления указывал в свое время и К. Анненков¹⁸. Позиция Д. М. Генкина

¹⁴ См. Я. А. Канторович. Невозможность исполнения обязательств. «ВСЮ», Харьк. 1925, № 4, стр. 157; его же. Война и исполнение обязательств. Петр., 1917, стр. 117, 118.

¹⁵ Jaroslav Hrivnák. Nasledna pomoznost spinenia hospodarskej zmluvy. «Pravny obzor», ročník XLIX — 1966, стр. 472.

¹⁶ См. Д. М. Генкин. Цит. статья, стр. 110.

¹⁷ См. там же, стр. 111.

¹⁸ См. К. Анненков, Система русского гражданского права, т. III, СПб, 1901, стр. 139.

встретила возражения со стороны Т. М. Яблочкова, являвшегося одним из самых рьяных сторонников самостоятельности правовой категории «невозможности исполнения» и ее деления на различные виды. Но даже он признавал трудности в определении критерия для деления невозможности исполнения на объективную и субъективную, хотя в некоторых случаях это различие, по его мнению, существовало (например, больной отказался освободить квартиру, но всякий другой больной освободил бы ее); нужно, по его мнению, различать затруднительность для данного лица (субъективная невозможность) и невозможность исполнения только данным лицом (объективная) ¹⁹. Л. А. Лунц, обращая внимание на нелогичность такого разделения невозможности исполнения, ибо совершенно не важно, что может исполнить обязательство какое-то третье лицо, важно, что данное этого не может, указывал, что противоположение субъективной невозможности объективной вполне соответствует воззрениям оборота и никак не противоречит сущности обязательства ²⁰. М. М. Агарков полагал, что для юриста термин «объективная невозможность» не ясен и наводит на мысль о противопоставлении ее субъективной невозможности исполнения, а неюристу этот термин просто ничего не говорит ²¹.

Решительно возражает против всяких видов невозможности исполнения, в том числе и против указанных выше. Ю. Э. Милитарева. Она утверждает, что разграничение невозможности исполнения на субъективную и объективную и признание значения исполнения, в том числе и против указанных выше, Ю. Э. Милитарева согласна с Т. М. Яблочковым, указывая, что «этот вопрос у нас решен отрицательно и потерял практический и теоретический интерес» ²².

Мы прежде всего должны ответить на вопрос: так ли уж безразлична для практики и теории невозможность исполнения конкретным лицом и всеми вообще лицами. Конечно, нет. В Особенной части мы сможем убедиться, что риск и последствия в этих случаях различны. Совершенно очевидно, что характер невозможности исполнения иной, если круг этой невозможности замыкается только в конкретном лице и если он охватывает всех субъектов, но ясно одно: если обстоятельства касаются только данного субъекта, они обязательно так или иначе связаны с его личностью, с присущими именно ему обстоятельствами. Поэтому понимание субъективного (как связанного со свойствами субъекта) действительно лишено смысла, но деление невозможности на возникшую

¹⁹ См. Т. М. Яблочков. Цит. статья, стр. 18, 19.

²⁰ См. Л. Лунц. О влиянии изменений экономической конъюнктуры на обязательства частного права. Материалы НКЮ, вып. XV. М., 1922, стр. 49.

²¹ См. М. М. Агарков. К вопросу о договорной ответственности, стр. 122.

²² Ю. Э. Милитарева. Цит. диссертация, стр. 45, 46.

Для данного субъекта и возникшую и для других субъектов практически необходимо. Совершенно не причем здесь ссылка на то, что исполнение может быть произведено третьим лицом. Это уже критерий вообще между невозможностью и возможностью. Не меняется вид невозможности и тогда, когда исполнение строго связано с личностью субъекта и оказывается неисполнимым — круг охвата остается неизменным всегда: для данного лица или и для других, хотя последствия при строго личной невозможности исполнения, а следовательно, и риск, иногда отличаются от последствий и риска при обычной личной невозможности. Вся неточность, вся неправильность деления невозможности исполнения на субъективную и объективную вытекает из того, что авторы неверно подходят к самим понятиям «субъективное» и «объективное», о чем мы уже говорили. Невозможность исполнения — категория всегда объективная, поэтому вышеуказанное деление ее в корне неверно. Различать нужно невозможность частную и общую, — возникшую как для данного субъекта, так и для других субъектов. Эти наименования, на наш взгляд, больше всего отражают ту мысль, которая вложена в суть этого деления невозможности исполнения. С точки зрения практической имеет небольшое значение деление невозможности на абсолютную и относительную. Абсолютная (*absolutus*) — означает безусловную, полную, неограниченную, а относительная (*relativus*) — релятивную, зависящую от условий, неполную, ограниченную. Нужно при этом всегда помнить, что то, что абсолютно в определенной сфере, в другой — относительно²³. Г. Дернбург так различал эти виды невозможности исполнения: абсолютная, если она основана на самом свойстве обещанного действия, а относительная, если исполнение само по себе возможно, но в данном случае оно неисполнимо. В качестве примера абсолютной невозможности исполнения автор указывал на обещание вызвать духов, в качестве примера относительной невозможности исполнения автор указывал на обещание предоставить лошадь, которая уже пала²⁴.

Однако абсолютность и релятивность невозможности исполнения нельзя понимать так узко. Нужно считать абсолютную невозможность исполнения, когда оно исключено на данном уровне развития науки и техники и в этом смысле невозможность всегда относительна, хотя мы с полным правом можем назвать ее в данный момент абсолютной и такая абсолютность невозможности исполнения не вызовет ни у кого сомнений (например, обязательство лично выполнить договор через 200 лет после его заключения; установление места исполнения на одной из планет Галактики и т. п.).

²³ См. П. П. Чупин. Абсолютное и относительное. «Некоторые категории диалектики», Росвузиздат, 1963, стр. 103, 104.

²⁴ См. Генрих Дернбург. Цит. соч., стр. 41.

Вполне возможно деление невозможности исполнения на постоянную и на временную, устранимую в будущем. Правда, тот же Г. Дербург считал, что если недействительно обещание, данное в момент заключения сделки, то оно недействительно навсегда, но и он допускал возможность установления в договоре исполнения в будущем времени, отсрочку исполнения, когда устранимость препятствий вполне возможна²⁵. Т. М. Яблочков указывал на различные комбинации такой невозможности: в момент заключения сделки невозможно, но потом возможно, но затем исполнение становится невозможным и т. д.²⁶ Важно здесь определить критерий временности, ибо слишком длительная временная невозможность может зачастую вполне быть по своим последствиям, по своему значению для другого субъекта приравнена к постоянной невозможности исполнения.

С учетом различия последствий практически очень важно разделение невозможности исполнения на полную и частичную, т. е. ту, которая лишь в определенной части не дает возможность выполнить обязательство. Больше всего распространено деление невозможности исполнения на первоначальную и последующую. Гранью между первоначальной и последующей невозможностью исполнения является момент возникновения обязательственного отношения, момент возникновения прав и обязанностей. И если последующая невозможность обычна, поскольку она обязана непрерывной и всеобщей изменчивости человеческих отношений, то первоначальная невозможность возникает очень редко как следствие обмана или ошибки²⁷. Точки зрения на последствия этих видов невозможности исполнения различны. Некоторые вообще признают лишь влияние на обязательство первоначальной невозможности исполнения и то лишь, по их выражению, объективного характера. Другие акцентируют внимание на последующей невозможности, считая, что прежде всего невозможность важна не в момент заключения сделки, а в момент ее исполнения. Есть юристы, которые допускают эту категорию и в том и в другом случае. Так, Д. М. Генкин указывает, что первоначальная невозможность противопоставляется даже последующей возможности исполнения и обязательство признается ничтожным, безразлично от того устранились или нет существовавшие некогда препятствия. Именно в этом автор видит абсурдность такого деления, ибо важна возможность только в момент исполнения. Часто даже нельзя определить, какая имеет место невозможность исполнения (например, в момент заключения договора на солому, когда она уже сгорела, хотя полностью сгорела через 15 минут); это

²⁵ См. Генрих Дербург. Цит. соч., стр. 42.

²⁶ См. Т. М. Яблочков. Цит. статья, стр. 23.

²⁷ См. там же, стр. 15.

различие автор предлагает отбросить²⁸. Также отвергает это деление и Ю. Э. Милитарева, которая указывает, что такое разграничение условно и бессмысленно, ибо значение имеет невозможность в тот момент, когда обязательство должно быть исполнено²⁹.

В законодательстве ряда стран последующая невозможность признается далеко не всегда. Так, например, если она допускается в ГК Чехословакии, то в хозяйственном кодексе ее нет. Но в литературе указывается, что на практике такая невозможность существует и нередко случаи, когда выполнение договора становится невозможным по независящим от поставщика обстоятельствам, которые не могли быть предвидены даже планирующими органами³⁰. В советском праве допускается признание последующей невозможности исполнения, в том числе и во взаимоотношениях между социалистическими организациями.

Первоначальная невозможность исполнения обычно отождествляется с недействительностью заключенных сделок. С этим нельзя согласиться, ибо недействительность сделки является лишь обстоятельством, вызывающим невозможность ее исполнения. Эти понятия связаны, но отнюдь не тождественны. Для интересующей нас проблемы важную роль играет не любая первоначальная невозможность исполнения, а именно та, которая базируется на обстоятельствах, не связанных с чьей-либо виной. В этом смысле из всех обстоятельств признания недействительными сделок можно выделить их недействительность по причине существенного заблуждения сторон. Проблема ошибки занимала еще философов с древнейших времен. Интересно весьма тонкое замечание одного греческого философа: человек, который ошибается, является вдвойне незнающим — он не знает точного ответа и он не знает, что он его не знает³¹. При заблуждении имеется неправильное представление или вообще отсутствует представление о том или ином обстоятельстве, относящемся к сделке³². Заблуждение должно быть в содержании сделки, в ее существенных элементах. Примерно в этом же плане говорят о существенном заблуждении многие авторы. П. И. Стучка указывает, что вопрос о заблуждении имеет громадную литературу и тысячелетнюю историю. Он приводит несколько высказываний по вопросу заблуждения: «Заблуждение — это бессознательное несоответствие между волей и волеизъявлением» (Гамбаров); «Заблуждение — это представление, несовпадающее с истиною» (Доно); «Заблужде-

²⁸ См. Д. М. Генкин. Цит. статья, стр. 109.

²⁹ См. Ю. Э. Милитарева. Цит. диссерт., стр. 45.

³⁰ См. Iagoslav Hrivnak. Цит. работа, стр. 471.

³¹ См. Эмиль Борель. Вероятность и достоверность. М., 1969, стр. 87.

³² См. С. В. Занковская. Существенное заблуждение как основание для признания сделки недействительной по советскому гражданскому праву. Канд. диссерт., М., 1950, стр. 77.

ние заставляет верить, что правда то, что есть неправда, а неправда то, что — правда» (Капитан) ³³.

И. Б. Новицкий указывает, что в тесном смысле заблуждение имеет место тогда, когда лицо ненамеренно и помимо чьего-либо воздействия «составляет себе неправильные представления или остается в неведении относительно тех или иных обстоятельств и под влиянием этих ошибочных представлений или неведения делает такое выражение воли, какого оно не сделало бы, если бы не было заблуждения» ³⁴. Это определение является удачным, но оно не может полностью нас удовлетворить, так как не дает представления о психическом отношении заблуждающегося субъекта, а ведь, как указывает Н. В. Рабинович, — дефект сделки в этом случае «лежит в сфере психики заблуждающегося» ³⁵. Действительно, И. Б. Новицкий отмечает отсутствие чьего-либо воздействия и ненамеренность в составлении неправильных представлений. Но остается еще очень неясный вопрос: а исключает ли ненамеренность всякую вину заблуждающегося; возможно, что он допустил небрежность, т. е. мог и должен был правильно оценить и осмыслить обстоятельства и их последствия. Нужно различать не только существенное заблуждение (более точно — заблуждение в существенном), но и заблуждение виновное и невиновное, и только последнее может быть связано с категорией риска при первоначальной невозможности исполнения, вызванной признанием сделки недействительной из-за существенного заблуждения.

Мы рассмотрели различные виды невозможности исполнения с точки зрения формы, если так можно сказать, хотя и самым теснейшим образом связанной с содержанием, но разнообразия видов невозможности исполнения этим не ограничиваются.

* * *

Исходя из содержания, а точнее — исходя из предмета обязательства и из степени и характера затруднений на пути к исполнению, различают невозможность исполнения фактическую и логическую, называют также виды физической, юридической, экономической (хозяйственной) и этической невозможности исполнения. Фактически невозможным является такое исполнение, которое неосуществимо, при логической невозможности осуществить исполнение вполне возможно, но оно абсурдно, явно нецелесообразно, алогично, причем настолько, что делает это исполне-

³³ См. П. И. Стучка. Курс советского гражданского права, т. 2, Изд-во Ком. академии. М., 1929, стр. 257.

³⁴ И. Б. Новицкий. Сделки. Исковая давность. М., Юриздат, 1954, стр. 103.

³⁵ Н. В. Рабинович. Недействительность сделок и ее последствия. Л., Изд-во ЛГУ, 1960, стр. 64.

ние невозможным. В качестве видов фактической невозможности можно назвать физическую и юридическую, остальные случаи относятся к логической невозможности, хотя можно выделить среди них и собственно логическую невозможность. Все виды невозможности исполнения связаны друг с другом, а иногда и прямо обуславливают одна другую. Так, например, юридическая невозможность может быть вызвана обстоятельствами явно экономического (хозяйственного) характера и т. д. О физической невозможности исполнения мы достаточно подробно говорили в третьей главе и повторяться нет никакой надобности. Всякий объективный случай, в том числе и непреодолимая сила, приведший к невозможности исполнения обязательства — это, как правило, и есть так называемая физическая невозможность. Физическая невозможность исполнения — это и наличие погибшей или несуществующей вещи, вражеская оккупация, недоступность местности и т. п. Иногда физическую невозможность называют невозможностью естественной, к которой относят случаи, когда предмет действия не существует и не может существовать или уничтожен³⁶. Однако несуществование предмета в данное время еще не является невозможностью исполнения, если действие, направленное к тому, чтобы добиться его существования, возможно.

Ф. К. Савиньи определял естественную невозможность (иначе, невозможность удовлетворения, вытекающую из естественных оснований), как такую, при которой «вещи никогда не существовали, перестали существовать или не могут существовать»³⁷. Некоторые авторы к физической невозможности относили лишь явления непреодолимой, внешней силы, которые создают препятствия как угрозу явной опасности или когда личные физические способности и свойства субъекта перестали существовать, а исполнение должно быть произведено именно посредством их (например, потеря голоса певцом)³⁸. Отождествляет случаи физической невозможности исполнения с явлениями непреодолимой силы и С. И. Аскназий, который относит к ней — такое вторгнувшееся извне, воспрепятствовавшее исполнению обязательства событие, бороться с которым для должника невозможно (гибель имущества от наводнения, от нашествия неприятеля и т. п.)³⁹. Относят к физической невозможности также все случаи, когда объект исполнения не находится в обладании хозяйствующего субъекта⁴⁰. Все эти определения незаслуженно суживают круг физической невозможности исполнения. Совершенно очевидно, что физическая невозможность относится не только к вещам, как это понимают, определяя естественную невозможность исполне-

³⁶ См. В. Л. Исаченко и В. В. Исаченко. Цит. работа, стр. 207.

³⁷ См. Ф. К. Савиньи. Цит. соч., стр. 262.

³⁸ См. Я. А. Канторович. Война и исполнение обязательств., стр. 113.

³⁹ См. С. И. Аскназий. Очерки хозяйственного права СССР. Л., Изд-во «Прибой», 1926, стр. 62.

⁴⁰ См. Т. М. Яблочков. Цит. статья, стр. 19.

ния, но и к субъектам, и к месту исполнения и т. п. Неверно относить к этой невозможности исполнения лишь случаи ненахождения объекта в обладании субъекта. Абсолютная порча объекта может произойти как раз в тот момент, когда им субъект обладал, невозможность доставки продукции может стать очевидной еще до ее отгрузки, да и вообще, как отмечено, физическая невозможность связана не только с объектом. Наконец, нельзя ограничивать физическую невозможность лишь случаями непреодолимой силы, к тому же не всегда четко понимаемой. Даже простой объективный случай может привести к физической невозможности исполнения обязательства и хотя имущественные последствия здесь не всегда будут одинаковыми, но невозможность реального исполнения при обыкновённом случае отвергать нельзя. Это может относиться и к личным свойствам субъекта (простуда певца), и к объекту исполнения (индивидуально-определённая вещь выпала из рук человека, у которого закружилась голова, и разбилась).

Итак, физическая невозможность исполнения вызывается непреодолимыми естественными преградами к осуществлению исполнения обязательства, обусловленными как внешними, так и внутренними причинами, и равно относящимися к возможности производства личных действий субъектом, а также к существованию и целостности предмета обязательства, к исполнимости обязательства по времени, месту и другим условиям.

В некоторых случаях с точки зрения физической исполнение вполне возможно, для выполнения обязательства нет никаких преград естественного порядка, но исполнить, однако, его нельзя, так как существует запрет закона или соответствующего органа государственной власти либо государственного управления. Этот запрет может быть выражен в различной форме: запрещение ввоза и вывоза, изъятие товара из оборота, изменение или отмена планового задания и т. п. В свое время этот вид невозможности определяли так: когда действия и распоряжения властей частное лицо не может ни предотвратить, ни устранить⁴¹. Это определение звучит в наши дни весьма наивно. Речь идет о юридической невозможности, которая относится и к юридическим лицам, причем, нет никакой надобности в каком-то предотвращении и устранении распоряжений органов власти, такая возможность не должна ни предполагаться, ни исключаться, ни доказываться.

Юридическая невозможность вообще часто как-то отделялась от других видов невозможности, в том числе от всех видов невозможности логической. «Не все, что возможно логически, возмож-

⁴¹ См. В. Л. Исаченко и В. В. Исаченко. Цит. работа, стр. 637.

но юридически», — утверждал Titze⁴². Эта же мысль выражалась и иначе, совсем в противоположном смысле: не все, что фактически в логическом смысле невозможно, является невозможным в смысле юридическом (например, отсутствие денежных средств)⁴³. Но и то и другое высказывание не имеет прямого отношения к юридической невозможности исполнения, они скорее говорят о правовом значении определенных случаев невозможности исполнения, о допустимости неисполнения с точки зрения правовой нормы.

Неверно приравнение юридической невозможности исполнения, которую называли *le fait du prince* к физической, как это делает Я. А. Канторович⁴⁴. Как говорилось ранее, исполнение зачастую вполне возможно с точки зрения физической. Т. М. Яблочков писал, что юридическая невозможность это «несогласованность исполнения с содержанием запретительной нормы»⁴⁵. Не всегда юридическая невозможность связана только с запретительной нормой, вряд ли можно считать таковой, скажем, уточнение плана производства, хотя в широком смысле можно и здесь говорить о запрещении нарушать плановое задание (речь, конечно, не идет о выпуске сверхплановой продукции и поставке ее по договору). Неточно выражение «несогласованность», скорее можно говорить о «несоответствии». Но это определение более удачно, чем определение физической невозможности исполнения.

Нужно отметить, что юридическая невозможность признается в законодательстве почти всех стран, даже в такой правовой системе, как англо-американская, которая далеко не всегда признавала и физическую невозможность исполнения⁴⁶. В советской цивилистической литературе, в правовой литературе социалистических стран особое внимание уделяется юридической невозможности исполнения в связи с изменениями в области планирования. Так, Л. А. Инсарова указывает, что «в практике встречается такое изменение планов и даже профиля продукции, что исполнение договора становится невозможным»⁴⁷. «Юридическая невозможность заключается в том, — говорит Jaroslav Hrivnák что в результате изменения или издания нового юридического предписания выполнение договора становится юридически невозможным или недопустимым»⁴⁸. Это определение удачно, но оно несколько

⁴² См. Д. М. Генкин. Цит. статья из сборника памяти Г. Ф. Шершеневича, стр. 108.

⁴³ См. Я. А. Канторович. Война и исполнение обязательств. Петр., 1917, стр. 115.

⁴⁴ См. там же, стр. 114.

⁴⁵ Т. М. Яблочков. Цит. статья, стр. 22.

⁴⁶ См. С. В. Минц. Цит. статья, стр. 83.

⁴⁷ Л. А. Инсарова. Влияние актов планирования на возникновение, изменение и прекращение обязательств поставки. Канд. диссерт., М., 1950, стр. 143.

⁴⁸ См. Jaroslav Hrivnák. Цит. статья в журнале «Pravni obsor», стр. 474.

суживает сферу действия юридической невозможности только последующими действиями органов власти и управления, а ведь и в момент заключения договор уже может не соответствовать действующему «юридическому предписанию». Кроме того, исполнение может войти в противоречие с существующей правовой нормой. Так, например, плановое задание обычно действует в течение года, поэтому исполнить в следующем году невыполненный в текущем году договор поставки в этом случае нельзя. Налицо будет юридическая невозможность, хотя никакого изменения или издания нового юридического предписания здесь не было. Некоторые авторы, правда, не признают в случаях изменения планового задания наличия какой-либо невозможности исполнения⁴⁹. Однако большинство придерживается иной позиции, считая, что в этих случаях имеется юридическая невозможность исполнения⁵⁰. Весьма определенно по этому поводу высказалась З. Г. Крылова: «Обстоятельства, связанные с отменой или изменением планового задания... и составляют юридическую невозможность исполнения»⁵¹. Автор далее отмечает, что к утрате силы планового задания относится также истечение его сроков и использование фондов⁵². На утрату силы обязательства при изменении или прекращении действия планового задания, а также при отраженном действии плановых актов (изменении производственной программы) указывал З. И. Шкундин⁵³. Причины, вызывающие необходимость изменения планового задания, различны. Это и предотвращение образования сверхнормативных запасов сырья, и реконструкция предприятия, и вскрытие новых резервов, и, к сожалению, некоторые ошибки в работе, в планировании, в материально-техническом снабжении и т. п. случаи⁵⁴. Но независимо от того, по какой причине произошло изменение плана, даже если оно было вызвано виной субъекта, будет иметь место юридическая невозможность исполнения. Вопрос о применении имущественной ответственности, о распределении убытков в этом случае — совершенно самостоятельный вопрос.

Итак, юридическая невозможность исполнения — это реальная неисполнимость обязательства в силу веления действующих, измененных

⁴⁹ См. П. Д. Каминская. Основания ответственности по договорным обязательствам. «Вопросы гражданского права», МГУ, 1957, стр. 131.

⁵⁰ См. Н. И. Краснов. Реальное исполнение договорных обязательств, М., 1959, стр. 149; Ф. И. Гавзе. Принцип реального исполнения договорных обязательств в советском гражданском праве и практика его применения. «Учен. записки БГУ», вып. 25, Минск, 1955, стр. 92.

⁵¹ З. Г. Крылова. Исполнение договора поставки, М., Юриздат, 1968, стр. 42.

⁵² См. там же, стр. 50.

⁵³ См. З. И. Шкундин. Влияние плана на обязательство, «Советское государство и право», № 2, 1947, стр. 44, 45.

⁵⁴ См. «Правовые вопросы планирования промышленности в СССР», М., Изд-во «Наука», 1964, стр. 206—209.

или отменных правовых норм, административных, плановых и других актов, исходящих от юридически правомочных органов власти и управления.

Наряду с абсолютной неисполнимостью обязательств в силу естественных причин или юридической недопустимости (*facta natura impossibilia, facta jure impossibilia*) существуют случаи, когда исполнение теоретически возможно и с точки зрения физической, и с точки зрения юридической, но оно практически либо абсурдно, либо чрезмерно затруднительно, либо несовместимо с требованиями этики и морали. Это случаи логической невозможности исполнения в самом широком значении этого термина или, как принято было ее называть еще в римском праве, случаи чрезмерной затруднительности исполнения — *difficultas*. Еще *Ennessegius* писал, что «если на пути обязательства оказывается необычное препятствие, которое может быть устранено лишь путем несоизмеримых жертв, больших опасностей, нарушения более высоких обязанностей, сообразно разумному, отвечающему хозяйственной жизни, толкованию права — такое исполнение должно быть признано невозможным»⁵⁵. Конечно, *Ennessegius* прежде всего имел в виду нарушение денежной эквивалентности с точки зрения оценки «рачительного хозяина, доброго отца семейства».

В числе указанных выше случаев выделяются случаи логической невозможности в узком ее понимании или логическо-физической невозможности, т. е. такие случаи, когда осуществление действий, направленных к исполнению обязательства, настолько противоречит логике и здравому смыслу, настолько опасно для субъектов, что по существу должно быть признано невыполнимым и освободить от реального исполнения. Этот вид невозможности исполнения очень тесно связан с категорией риска, что в свое время подчеркивалось в правовой литературе. Так, Я. А. Канторович, писал, что рейсы в заминированном море логически возможны, так как не все корабли должны столкнуться с минами, но в юридическом смысле такой риск равен невозможности⁵⁶. Правда, здесь все поставлено на голову, ибо с точки зрения логики выход в море, насыщенное минами, кораблей, как правило, абсурден, однако он возможен физически и в том же физическом смысле он невозможен. К такой невозможности исполнения относятся случаи обнаружения сырости и холода в квартире, создающие явную угрозу для больного человека и вызывающие необходимость расторжения договора аренды; невозможность явки из-за тяжелой болезни близкого человека, лишенного другого ухода и т. п. случаи, которых не так уж мало в повседневной жизни.

⁵⁵ L. *Ennessegius*. *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, I, Band, 1910, Seite 139.

⁵⁶ См. Я. А. Канторович. *Война и исполнение обязательств*, стр. 115.

Существуют еще случаи нравственной, этической невозможности исполнения (*facta turpia*). Действия contra bonos mores — безнравственные, аморальные, противоречащие нормам этики, правилам социалистического общежития не могут быть совершены, и исполнение обязательства, связанного с осуществлением таких действий, если оно физически возможно и не имеет юридического запрета, должно быть признано невозможным, хотя для несвершения таких действий иногда отсутствует прямое указание в правовой норме. Однако мораль морали рознь. То, что с точки зрения буржуазной морали вполне допустимо, с точки зрения пролетарской — безнравственно, недопустимо. Известный русский буржуазный юрист Г. Ф. Шершеневич писал: «Содержание договора не должно стать в противоречие с нравственностью... но договор, связывающий на 5 лет находящегося в безвыходном положении рабочего, не будет нравственно не допустимым при современном складе экономических отношений»⁵⁷. Значит, эксплуатация трудящихся с точки зрения нравственной допустима, по мнению буржуазных правоведов? Другой буржуазный юрист С. А. Беляцкий указывал, что любая сделка с «жилицей» дома непотребства с точки зрения нравственной недопустима, но договор со служащими этого дома (например, с юрисконсультантом, с прислугой, на поставку туда мебели), — вполне годный, с точки зрения юридической, акт⁵⁸. С подобными взглядами на нравственную невозможность исполнения нельзя согласиться. Только нормы коммунистической морали⁵⁹ могут дать действительную и правильную оценку возможности или невозможности с этой точки зрения исполнения обязательства. С такими случаями невозможности исполнения мы встречаемся чрезвычайно редко (отдельные договоры дарения, купли-продажи и др. случаи), но исключить такую невозможность из нашего права пока еще, к сожалению, нельзя.

* * *

Невозможность исполнения может быть вызвана экономическими (хозяйственными) соображениями, которые нельзя сводить только к изменению конъюнктуры цен⁶⁰. Обстоятельства эти мо-

⁵⁷ Г. Ф. Шершеневич. Учебник русского гражданского права. Изд. П., т. 2, М., 1915, стр. 77, 78.

⁵⁸ См. С. А. Беляцкий. Цит. соч., стр. 363. Примеры «аморальных» сделок с точки зрения взглядов буржуазии приводит В. П. Шахматов. (См. Составы противоправных сделок и обусловленные ими последствия. Томск, 1957, стр. 115, 116).

⁵⁹ О коммунистической морали и нравственности см. В. И. Ленин. Задачи союзов молодежи. Полн. собр. соч., т. 41, стр. 305, 306, 309, 311.

⁶⁰ Подробно этот вопрос освещен в статье автора «Хозяйственная невозможность исполнения обязательств социалистическими организациями». (См. Сборник работ кафедры гражданского права и процесса, 1969, Душанбе, 1970, стр. 123—139).

гут произойти по чьей либо вине, даже самого должника, они могут быть вызваны и случайными причинами, однако и в том и в другом случае требование реального исполнения, т. е. исполнения в натуре, исполнения, независимо от уплаты санкций и возмещения убытков, может быть признано недопустимым. Именно такой позиции придерживается в большинстве случаев арбитражная практика, к такой точке зрения склоняются в настоящее время ученые-юристы и экономисты. Анализ многих дел, рассмотренных в арбитражах, позволяет прийти к выводу, что арбитражные органы твердо стоят на позиции укрепления договорной дисциплины, недопустимости, как правило, одностороннего, а тем более необоснованного отказа от исполнения договора. Во многих случаях не принимаются во внимание и ссылки отдельных хозорганов на временные трудности, сложившиеся обстоятельства, отсутствие средств и т. п. причины отказов от исполнения обязательств. Не освобождают, как правило, арбитражи и виновную сторону от возмещения убытков, тем не менее арбитражные органы в ряде случаев совершенно правильно приходят к выводу о том, что изменение обстоятельств, конъюнктуры сбыта, потребностей или даже их неправильная первоначальная оценка не могут оставлять неизменными заключенные договоры, и в подобных случаях дальнейшее реальное исполнение должно быть признано невозможным именно с хозяйственной (экономической) точки зрения.

Изменение потребности может быть вызвано развитием техники. Нередки случаи признания обоснованности отказов торговых организаций от получения тех или иных товаров в связи с изменением покупательского спроса и образованием больших остатков. Такие отказы могут приниматься не только при заключении договора, но и при уточнении квартальных спецификаций. В ряде случаев допустимо признание невозможности исполнения с хозяйственной точки зрения после заключения договора, хотя такая невозможность существовала уже в момент заключения этого договора и в его заключении виновны обе стороны или даже одна из сторон. К категории хозяйственной (экономической) невозможности исполнения необходимо отнести и встречающиеся в практике случаи отказа от получения продукции ввиду допущенной просрочки, и случаи, когда исполнение обязательства приводит к чрезвычайным затратам в связи с переналадкой станков, дорогостоящей перевозкой, наймом дополнительной рабочей силы и т. п. Не исключено еще возникновение этой невозможности исполнения из-за ошибок планирующих органов, трестов, главков, а также по вине должностных лиц самих контрагентов. Нельзя отрицать того, что хозяйственная невозможность и в условиях социалистического общества иногда обусловлена случайными обстоятельствами, оказывающими отрицательное влияние в ряде случаев не только на хозяйственную сферу конкретных предприятий. Проявление элементов случайности в социалистическом обществе, производстве обусловлены не только субъективными, но

и объективными факторами. Одной из причин наличия этих элементов является тесная связь производительных сил и сил природы; объективным обстоятельством является и наличие у нас товарно-денежных отношений, а также колхозного рынка⁶¹. Некоторые явления в данных конкретных условиях не поддаются непосредственно государственному регулированию с помощью плана или находятся пока еще на стадии предвиденья⁶². Производство по многим позициям опережает темп спроса; одновременно изменяются запросы населения, тем самым процесс морального старения созданных потребительских ценностей ускоряется: резко меняется мода, происходит отказ от устаревших товаров, так называемый процесс «экономического голосования»; наряду с появлением «избыточных» товаров выявляется и недостаточность платежного спроса. Однако научное прогнозирование спроса даже в весьма короткие периоды включает определенный элемент приближенности⁶³.

Конъюнктура социалистического рынка складывается и развивается планомерно, ибо планомерность это основная закономерность его развития, но в известной мере конъюнктура есть результат и случайных, непредвиденных колебаний и отклонений, причем наиболее динамичной является часть рыночной конъюнктуры — торговая конъюнктура⁶⁴. Однако нужно подчеркнуть, что ни в коем случае не может быть у нас речи о восприятии концепции «рыночного хозяйства». Широкое использование товарно-денежных отношений и закона стоимости совсем не означает, что рынок становится в нашем экономическом процессе определяющим фактором, рынок выполняет свою роль при укреплении решающей роли социалистического государства, иначе может возникнуть опасность стихийных потрясений, свойственных экономике мира капитализма⁶⁵. Социализм в «классическую» модель конкурентного рынка вносит новое качество — плановое начало. При социализме стихийное действие рынка исключается, так как в условиях планового хозяйства закон стоимости с его атрибутами утратил роль монопольного регулятора. Через каналы экономических связей, образованных планом, осуществляется прямое распределение производства и потребления⁶⁶. В капиталистическом же

⁶¹ См. С. В. Рогачев. Планомерность и элементы стихийности в условиях социалистического производства. «Методологические проблемы экономической науки», М., Изд-во «Мысль», 1967, стр. 190 и след.

⁶² См. Ю. Белик. Народнохозяйственное планирование и экономическое прогнозирование. «Плановое хозяйство», № 3, 1968, стр. 29.

⁶³ См. П. Г. Олдак. Взаимосвязь производства и потребления (категории и оценки), «Экономика», 1966, стр. 100, 117, 128, 131.

⁶⁴ См. Ф. А. Крутиков. Конъюнктура рынка при социализме. М., «Экономика», 1968, стр. 40—43.

⁶⁵ См. Б. Н. Топорнин, И. П. Ильинский. Социалистическое государство и хозяйство. «Советское государство и право», 1969, № 7, стр. 28.

⁶⁶ См. Я. Г. Либерман. Государственный бюджет СССР в новых условиях хозяйствования. М., «Наука», 1970, стр. 13, 15.

обществе, где господствует частная собственность, где существуют антагонистические противоречия между общественным характером производства и частной формой присвоения продукта, пропорциональность между отраслями, между отдельными предприятиями устанавливается стихийно, в ожесточенной конкурентной борьбе и выступает как случайность, а диспропорциональность — как закономерность. Такое состояние особенно характерно в период гонки вооружений, в период общего кризиса капитализма⁶⁷. Отличительной чертой капиталистического способа производства является господство рыночной стихии. «Вся соль буржуазного общества, — указывал К. Маркс в письме к Л. Кугельману, — состоит как раз в том, что в нем а priori не существует никакого сознательного регулирования производством»⁶⁸. В то же время при социализме конъюнктура внутреннего рынка, отдельные случайные обстоятельства не являются определяющим фактором развития народного хозяйства, но не принимать их во внимание при решении вопроса об исполнении договорных обязательств так же недопустимо, как и недооценивать значение договоров и необходимость максимального усиления договорной дисциплины. Однако следует решительно отвергать буржуазные и ревизионно-реформистские нападки на принцип централизованного планирования, восхваление «рыночного механизма». Правильное, научное использование таких инструментов, как цена, прибыль, кредит, всей системы товарно-денежных отношений способствует несомненно не ослаблению, а усилению планомерности в нашем народном хозяйстве⁶⁹. В нашей экономике могут иметь место случайности, которые представляют собой главным образом дополнение экономической необходимости, а не форму ее проявления.

П. А. Лунц в свое время указывал, что «из вопросов частного права, выдвинутых мировой войной, одно из первых мест занимает проблема о так называемой «экономической невозможности» исполнения обязательств»⁷⁰. Краеугольный камень договорного права — это незыблемость договоров: пусть лучше пострадают единичные группы, чем будет поколеблена твердость правопорядка, но мировая война расшатала устои капиталистического хозяйства, расшатался и вышеуказанный принцип, хотя и не без отчаянного сопротивления хозяйственная необходимость сломала в конце концов силу судебной инерции и была признана коммерческая невозможность исполнения⁷¹. Для буржуазных юристов

⁶⁷ См. С. М. Путьго. Закон планомерного развития народного хозяйства и социалистического планирования. М., 1960, стр. 5—7.

⁶⁸ К. Маркс и Ф. Энгельс. Соч., т. 32, Госполитиздат, 1964, стр. 461.

⁶⁹ См. И. Г. Степанов. Планомерное развитие социалистической экономики. Экономическая роль социалистического государства. М., Изд-во МГУ, 1957, стр. 32, 36.

⁷⁰ Л. А. Лунц. О влиянии изменений экономической конъюнктуры на обязательства частного права, стр. 44.

⁷¹ См. Е. Кельман. Изменение договоров судом. «ЕСЮ», № 17, 1926, стр. 517, 518.

вообще характерно метание от одной крайности в другую: от полного признания экономической невозможности как основания для расторжения или изменения сделки, до полного ее отрицания. Как верно отмечает Р. О. Халфина, в буржуазной юриспруденции выявляется стремление господствующего класса сохранить неопределенность в регулировании договорных отношений⁷². Автор показывает, как происходила эволюция принципа «свобода договоров», выдвинутого на заре буржуазного общества и на деле означавшего свободу экономически сильного. Этот принцип в период общего кризиса капитализма претерпевает серьезные изменения, но еще сохраняется в угоду монополий против мелких и средних собственников, использующих так называемые «договоры присоединения»⁷³. «Разумный человек» — неизменный спутник принципа «свободы договора», им же обосновывалась и «святость» договора, он же был критерием при применении учения о «тщетности договора» — это все не антиподы, утверждает Е. А. Флейшиц, а две стороны одной медали — прибыли эксплуататоров⁷⁴.

В первые годы Советской власти многие ученые не отрицали наличия в нашем праве категории «экономической невозможности исполнения»⁷⁵. Однако в последующем эта категория отрицается авторами, считающими, что изменение условий не создает еще абсолютную невозможность исполнения, а лишь крайнюю затруднительность, убыточность такого исполнения⁷⁶. М. М. Агарков допускал признание экономической невозможности исполнения во взаимоотношениях между гражданами при чрезвычайных, главным образом военных, обстоятельствах. В то же время он реши-

⁷² См. Р. О. Халфина. Договор в английском гражданском праве, стр. 283.

⁷³ См. там же, стр. 186 и далее.

⁷⁴ См. Е. А. Флейшиц. Вступительная статья к цит. монографии Самонда и Вильямса, стр. 10, 11. См. ее же. Буржуазное гражданское право на службе капиталистических монополий. М., Юриздат, 1948, стр. 51, 52; см. В. Ф. Яковлева. Исполнение обязательств между социалистическими организациями. Канд. диссерт. Л., 1952, стр. 109.

⁷⁵ См. А. В. Куеиков. Цит. статья из «ВСЮ», № 15, 16, стр. 591; А. Г. Зейц. Цит. работа, стр. 52 и далее. Эту же мысль высказывали: А. М. Ладыженский. (См. Оговорка изменившихся обстоятельств в советском праве, «Право и жизнь», 1925, № 2—3); С. Н. Лайдкоф. (Проблемы советского гражданского права в иностранном освещении. «Сборник статей кафедры проблемы современного права и правового факультета Харьковского института народного хозяйства памяти К. М. Гордона». Изд-во «Украина», стр. 221—224). За признание экономической невозможности в советском праве в свое время высказались: Я. И. Рапопорт (Проблема невозможности исполнения в советском праве, «ВСЮ», № 24, 1928, стр. 749); Т. М. Яблочков (Цит. статья, стр. 19); Ан. Гранберг (Договоры в системе внутри-промышленного развития в 1932 г., «Бюллетень Госарбитража», № 2, 1932, стр. 35) и другие авторы. Так, Я. И. Рапопорт указывал, что хотя в нашем законодательстве нет нормы об экономической невозможности, но отсюда нельзя делать вывод, что это понятие является неизвестным и чуждым советскому праву.

⁷⁶ См. Л. А. Лунц. Цит. работа, стр. 48, А. А. Каравайкин. Цит. работа, стр. 31 и др. Ю. Э. Милитарева. Цит. диссерт., стр. 68, 72 и др.

тельно отвергал экономическую невозможность как основание освобождения должника от обязательства и от ответственности во взаимоотношениях между социалистическими организациями⁷⁷. Правда, М. М. Агарков понимал под такой невозможностью лишь обременительность и невыгодность исполнения для должника с точки зрения его имущественного положения.

В юридической литературе последнего периода вопросу о допустимости освобождения от исполнения обязательств при изменении экономических и хозяйственных условий уделяется все больше и больше внимания⁷⁸. Если физическая и юридическая невозможности исполнения носят абсолютный характер, хозяйственная (экономическая) невозможность всегда относительна, она не связана ни с гибелью предмета, ни с отсутствием сырья или оборудования, ни с запрещением отгрузки, ни с изменением плана. З. М. Заменгоф совершенно справедливо считает, что изменения, происходящие в сфере хозяйственной деятельности сторон по договору или оказывающие влияние на эту деятельность, которые приводят к хозяйственной нецелесообразности исполнения, к затруднительности выполнения обязательств, угрозе нарушения договора, являются основанием к изменению и расторжению договора⁷⁹. Она полагает, что изменение обстоятельств приводит как к невозможности исполнения, так и к его нецелесообразности, которые имеют определенные правовые различия. С этой точкой зрения согласиться нельзя. Нередко изменившиеся или неучтенные обстоятельства создают экономическую (хозяйственную) невозможность исполнения и вызывают необходимость в расторжении сделок, исполнение которых привело бы к потерям, финансовым трудностям, бесхозяйственным расходам. Нетрудно заметить, что во всех этих случаях более правильно говорить о нецелесообразности исполнения, которое с точки зрения физической и юридической возможно, но настолько экономически невыгодно и предприятию, и государству, что эта нецелесообразность с точки зрения логики, здравого смысла тождественна невозможности исполнения — именно невозможности экономической (хозяйственной). Право отказа от получения просроченной поставкой продукции, от получения продукции, оказавшейся ненужной, предусматривается Положениями о поставках, ст. 259 ГК РСФСР, рядом других нормативных актов. Уже упоминавшийся нами словацкий юрист Jaroslav Hrivnák указывает, что часты в хозяйственной жизни случаи, когда выполнение договора становится невозможным по независящим обстоятельствам, которые не могли предви-

⁷⁷ См. М. М. Агарков. Цит. статья, стр. 123, 143, 144.

⁷⁸ См. З. М. Заменгоф. Изменение и расторжение хозяйственных договоров. М., Юриздат, 1967. З. Г. Крылова. Исполнение договора поставки. М., Юриздат, 1968; ее же: Исполнение обязательства поставки (автореферат докт. диссерт.), статьи в юридических журналах.

⁷⁹ См. З. М. Заменгоф. Цит. соч., стр. 73. О хозяйственной нецелесообразности исполнения указывается и в учебнике «Советское гражданское право», т. I, 1968, стр. 445.

деть даже планирующие органы. Задания не всегда бывают реальны и иногда либо технически, либо экономически оказываются невыполнимыми⁸⁰. Ю. Э. Милитарева согласна на освобождение должника от исполнения в натуре, когда это диктуется соображениями хозяйственной и политической целесообразности и создает реальную угрозу выполнению плана; она не отрицает, что и у нас могут быть факторы, которые нельзя предусмотреть⁸¹. Придерживаясь самым решительным образом принципа строгого выполнения договорных обязательств, А. В. Венедиктов в то же время полагает, что допустима постановка перед арбитражем вопроса о расторжении или изменении договоров по причине создавшихся затруднений в выполнении обязательств, когда невозможность исполнения создается независимо от недостатков в работе неисправного контрагента и когда он, несмотря на все имеющиеся у него возможности, не в состоянии устранить создавшиеся препятствия⁸². Н. И. Краснов правильно отмечает, что недопустимо требовать исполнения обязательств, когда они вступают в противоречие с более важными интересами общества и в этом смысле невозможны⁸³. Однако далее автор, признавая хозяйственную целесообразность исполнения, ограничивает ее случаями угрозы срыва других более важных обязательств должника и ставит под сомнение возможность признания такой нецелесообразности арбитражем⁸⁴.

Категория экономической невозможности исполнения ни в коей мере не может быть противопоставлена требованию строжайшего соблюдения договорной дисциплины. Безусловно, необходимо учитывать и первоочередность обязательств, и интересы всех контрагентов, но хозяйственная (экономическая) невозможность не ограничивается только этими случаями. Таким образом, необходимо прийти к выводу, что имеются все основания для постановки вопроса о наличии в советском гражданском праве категории «экономической (хозяйственной) невозможности исполнения» обязательств между социалистическими организациями⁸⁵, которая должна пониматься как вызванная изменениями обстоятельств или их неправильным учетом нецелесообразность реального исполнения,

⁸⁰ См. Iagoslav Нгівпáк. Цит. статья. стр. 471.

⁸¹ См. Ю. Э. Милитарева. Цит. диссерт., стр. 80, 94. Как верно подчеркивает В. В. Копейчиков, экономическая целесообразность не может противопоставляться целесообразности политической. (См. Экономическая целесообразность и социалистическое право. Тезисы докладов, Одесса, 1965, стр. 6).

⁸² См. А. В. Венедиктов. Договорная дисциплина в промышленности. Л., 1935, стр. 147, 175, 176. Здесь имеется, конечно, в виду не только хозяйственная но и физическая невозможность.

⁸³ См. Н. И. Краснов. Цит. соч., стр. 14.

⁸⁴ См. там же, стр. 184.

⁸⁵ Наличие в советском праве экономической невозможности исполнения, правда с некоторыми оговорками, признает Л. Б. Гальперин. (См. Советское гражданское право, т. I, 1968, стр. 513).

создающего угрозу нарушению хозяйственной и финансовой деятельности того или иного субъекта обязательства и в конечном итоге вступающего в противоречие с экономическими интересами социалистического государства. Именно ссылкой на эту категорию должны мотивировать свое решение арбитражи, освобождая сторону от исполнения или от ответственности, а не ссылкой на отсутствие вины в лучшем случае, как это имеет место сейчас, что далеко не всегда правильно.

Нужно всегда помнить, как правильно отмечает П. Е. Недбайло, что социалистическая целесообразность состоит не только в целесообразности самого закона, но в наиболее целесообразном его применении в соответствии с условиями и обстановкой. Отрицание целесообразности — это боязнь перенесения на советскую почву вредных последствий буржуазной теории о свободном усмотрении судей, но наша целесообразность ничего общего с этим не имеет, а требование практической целесообразности не означает замену или подмену законности целесообразностью⁸⁶. Экономические, хозяйственные интересы каждого предприятия гармонически сочетаются с интересами всего социалистического государства. Поэтому признание у нас в отдельных случаях наличия экономической (хозяйственной) невозможности исполнения договорных обязательств между социалистическими организациями, когда исполнение договоров действительно находится в противоречии с интересами государства и отдельных хозорганов, ничего общего не имеет с так называемой экономической невозможностью в мире капитализма, где господствует свободная игра цен, стихия рынка, используемые в целях наживы, выколачивания прибыли. Экономическая невозможность исполнения для капиталистических стран представляет острую проблему, для социалистического планового хозяйства никакой угрозы случаи экономической невозможности не представляют, но признание их позволяет дать правильную оценку определенным обстоятельствам, устранить недостатки в планировании, максимально учесть интересы народного хозяйства, интересы населения.

При социализме нет широкого поля для случайностей. У нас хозяйство ведется на основе сознательного применения и использования экономических законов. Поле действия неблагоприятных случайностей суживается⁸⁷. Из года в год по мере совершенствования планирования, улучшения хозяйственной деятельности пред-

⁸⁶ См. П. Е. Недбайло. Вопросы обоснованности и целесообразности применения норм советского права. Вопросы общей теории советского права М., Госюриздат, 1960, стр. 323—330.

⁸⁷ См. М. Гайдаров. Диалектика необходимости и случайности. Автореферат канд. диссерт., М., 1957, стр. 11.

ГЛАВА V

РИСК КАК ОСНОВАНИЕ ГРАЖДАНСКОПРАВОВОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ И РАСПРЕДЕЛЕНИЯ УБЫТКОВ

§ 10. Правомерность и противоправность¹

Советское государство требует от людей должного поведения. ~~Это поведение указывают людям соответствующие правовые нормы.~~ Н. Г. Александров отмечает, что «всякая правовая норма по своему непосредственному, классово-волевому содержанию есть государственный указатель поведения людей, гарантируемая возможностью применения государственного принуждения»².

Человек вправе избирать различные варианты своего поведения и если он избирает вариант, который является вредным для общества и государства, последует ответственность, применение санкций, осуждение этого конкретного поведения как поведения противоправного.

С. И. Аскназий полагает, что ответственность (имеется в виду гражданскоправовая ответственность) выражает собой комплекс правовых обязанностей, которые возлагаются на того, кто совершает неправомерное действие, это санкция за такие действия³.

Противоправность является одним из элементов правонарушения, в то же время она является и одним из элементов ответственности.

Правонарушения совершаются человеком. Независимо от человеческого поведения нет ни ответственности, ни противоправности⁴.

¹ Параграф излагается с сокращениями, поскольку автором опубликована статья «К вопросу о понятии противоправности». (См. «Учен. зап. кафедры теории и истории государства и права», т. 2, Душанбе, 1971, стр. 249—257).

² Н. Г. Александров. Законность и правоотношения в советском обществе. М., 1955, стр. 84.

³ См. С. И. Аскназий. Основание вопросы теории социалистического гражданского права. Докт. диссерт., стр. 877.

⁴ См. И. С. Самощенко. Понятие правонарушения по советскому законодательству. М., Госюриздат, 1963, стр. 10.

Существует мнение, что противоправность — это только отклонение от правовой нормы, а неправомерность — это отклонение от различных соглашений, норм нравственности и т. п. Но, по-первых, нарушение любого договора является нарушением нормы права, ибо закон защищает санкционируемые им соглашения⁵, а во-вторых, поскольку правила этики не заменяют закон, с точки зрения юридической они значения не имеют. Даже М. М. Агарков отказался от защищавшейся им в свое время точки зрения о связи противоправности с правилами социалистического общежития. Правда, высказывается мнение о целесообразности применения в этих случаях гражданско-правовой ответственности⁶, но это не меняет того положения, что противоправность здесь отсутствует, если сама правовая норма не придает значения таким поступкам⁷.

Большинство юристов придерживается мнения, что неправомерность и противоправность — понятия тождественные. С этим нужно согласиться.

В правовой литературе указывается, что противоправное поведение становится правонарушением лишь тогда, когда оно допущено виновно (когда субъект действовал не только противоправно, а с умыслом или по неосторожности). Допускаемое отдельными авторами отождествление этих понятий вряд ли приемлемо⁸. На это неоднократно обращалось внимание в правовой литературе⁹. Невменяемые и малолетние могут совершить безусловно противоправное действие, но оно не будет являться правонарушением, поскольку совершено без вины, без осознания поступка и его результата, так как эти лица не могут отдавать отчет своим действиям. Совершенно поэтому непонятно и неоправданно возложение по дореволюционному русскому законодательству ответственности на малолетних, если родители доказывали свою невиновность в недостаточном надзоре за ними¹⁰.

⁵ См. Б. С. Антимонов. Основания договорной ответственности социалистических организаций. М., Госюриздат, 1962, стр. 31.

⁶ См. В. А. Рахмилович. О противоправности как основании гражданской ответственности. «Советское государство и право», № 3, 1964, стр. 59. В. А. Тархов. Основания ответственности по советскому гражданскому праву. «Учен. труды Саратовск. юрид. института», вып. 3, 1969, стр. 62.

⁷ Такого же мнения придерживается и В. И. Кофман. (См. Соотношение вины и противоправности в гражданском праве. «Правоведение», № 1, 1957, стр. 67). Г. К. Матвеев различает противоправные действия и противонравственные; он также говорит о противоправной и противоморальной вине. (См. Основания гражданско-правовой ответственности, М., Госюриздат, 1970, стр. 208).

⁸ См. Н. Г. Александров. Цит. соч., стр. 166.

⁹ См. И. С. Самощенко. Цит. соч., стр. 132; Е. А. Флейшиц. Основные вопросы гражданской ответственности за повреждение здоровья, «Учен. зап. ВИЮН», вып. 1, М., 1955, стр. 21—23; А. Г. Быков. Ответственность при наличии совместной вины хозорганов. «Научно-практический комментарий арбитражной практики», № 2, М., 1969, стр. 151 и др.

¹⁰ См. М. Б. Горенберг. Принцип гражданской ответственности за вред и убытки, причиненные недозволенными действиями. «Юридическая ле-

Вряд ли можно согласиться и с тем, что любое поведение невменяемого не должно влечь отрицательной оценки общества¹¹.

В литературе есть и иная точка зрения, связывающая противоправность с действием, нарушающим юридическую обязанность — воздерживаться от совершения этого действия. Поскольку же обязанность не может возлагаться на недееспособных, их поведение не должно рассматриваться как противоправное¹². Первая часть этой точки зрения не вызывает никаких возражений, если не считать того, что мы не видим принципиальной разницы между пониманием противоправности как нарушения правовой нормы и как нарушения обязанности, предусмотренной этой нормой. И в том, и в другом случае имеется в виду одно и то же. А вот согласиться с тем, что правовая норма относится только к дееспособным лицам, нельзя. Правовая норма — это общее правило поведения для всех, но недееспособное лицо не способно своими действиями создавать для себя права и приобретать обязанности. Это, однако, совсем не означает, что, скажем, запрещение определенного поведения распространяется лишь на лиц, достигших 18 лет. Другое дело, что недееспособные, не могущие осуществлять свою способность в приобретении и создании прав и обязанностей, не должны и нести ответственность, но не соответствующее норме права их поведение от этого не становится правомерным, хотя оно и не будет правонарушением.

В свое время М. М. Агарков полагал, что все неправомерные действия являются правонарушением¹³. Обосновывал он это тем, что ответственность по гражданскому праву наступает и независимо от вины. Вопрос об ответственности нами будет рассмотрен ниже, но а priori следует заметить, что говорить об ответственности при отсутствии вины можно лишь в некоторых случаях, на что указывал И. С. Самощенко, не соглашаясь в этом вопросе с М. М. Агарковым¹⁴. Нельзя, конечно, отождествлять часть и целое: противоправность лишь элемент правонарушения, его составная часть¹⁵.

топись», № 8—9, 1892, стр. 100. Г. К. Матвеев также указывает, что в действиях малолетних и психически ненормальных лиц имеется противоправность, но отсутствует вина. (См. Основания гражданскоправовой ответственности, М., Госюриздат, 1970, стр. 22). На этой же позиции стоит наша судебная практика. (См. Определение президиума Московского городского суда по делу Мещеряковой к автобазе». Бюллетень Верховного Суда РСФСР», 1971, № 10, стр. 15).

¹¹ См. Н. С. Малейн. Вина — необходимое условие имущественной ответственности, «Советское государство и право», № 2, 1971, стр. 29.

¹² См. В. П. Шахматов. Составы противоправных сделок и обусловленные ими последствия. Томск, 1967, стр. 106.

¹³ См. М. М. Агарков. Обязательство по советскому гражданскому праву. «Учен. труды ВИЮН», вып. 3, М., 1940, стр. 140—142.

¹⁴ См. И. С. Самощенко. Цит. соч., стр. 17.

¹⁵ См. Г. К. Матвеев. Цит. работа, стр. 23.

Противоправность понимается как противоречие деяния норме права¹⁶. Прав И. С. Самощенко, который предостерегает против такого широкого понимания противоправности¹⁷, однако он возражает против ограничения этого понятия только невыполнением юридической обязанности¹⁸. Есть случаи, когда противоправно и неиспользование права, и злоупотребление им (шикана), тем не менее не всякое нарушение юридической обязанности может привести к правонарушению (несоблюдение формы договора и т. п.). И. С. Самощенко дает определение противоправному деянию как такому, которое «представляет собою неисполнение юридической обязанности или злоупотребление правом, т. е. если оно правом запрещено. Противоправны те деяния, которые отступают от требуемого государством должного поведения»¹⁹. Далее он полагает, что те деяния, которые запрещены государством под страхом применения санкций, являются противоправными. Автор в то же время считает, что противоправность это не сторона, а свойство правонарушения в целом. Неверно считать противоправность лишь свойством действия, влекущего ответственность. Нельзя отделять объективные моменты от субъективных, нельзя отрывать противоправность от вины²⁰. Но нельзя и искусственно смешивать объективные и субъективные моменты. Конечно, между ними существует органическая связь и сама по себе противоправность беспредметна, но противоправность — это объективная реальность, которая существует независимо от ее осознания и предвидения.

Трудно согласиться и с С. С. Алексеевым, который, принижая роль субъективных моментов, полагает, что при договорной ответственности меняется характер правоправности и именно она является фактическим основанием такой ответственности²¹. Как указывалось выше, нигилистическое отношение к субъективным моментам проявляет и М. М. Агарков, отождествляющий правонарушение с действиями (воздержанием от действий), противоречащими норме права, полагая, что правонарушение часто возникает и без вины (незнающий о долге должник, добросовестный приобретатель). Автор вообще отрицает обязатель-

¹⁶ С. Ф. Кочекьян полагает, что неправомерны те действия или правонарушения, которые противоречат велениям или запретам, содержащимся в нормах права. (См. Правоотношения в социалистическом обществе. АН СССР, 1958, стр. 181).

¹⁷ См. И. С. Самощенко. Цит. работа, стр. 70.

¹⁸ См. Р. О. Халфина. Рецензия на монографию О. С. Иоффе «Ответственность по советскому гражданскому праву». «Советское государство и право», № 7, 1956, стр. 136.

¹⁹ И. С. Самощенко. Цит. соч., стр. 76

²⁰ См. там же, стр. 90.

²¹ С. С. Алексеев. О составе гражданского правонарушения «Правоведение», № 1, 1958, стр. 50. Позицию С. С. Алексеева критикует Г. К. Матвеев, который совершенно правильно считает, что недопустимо рассматривать объективные признаки правонарушения в отрыве от субъективных моментов. (См. Основания гражданско-правовой ответственности, стр. 12, 13).

ную связь вины с осознанием и предвидением именно противоправного действия, соглашаясь с точкой зрения Иеринга о наличии двух видов противоправного поведения: объективно-противоправного и субъективно-противоправного²². Нельзя определять вину как осознание действий вообще, как предвидение последствий вообще или как какое-то неопределенное психическое состояние нарушителя. Совершенно прав О. С. Иоффе, который указывает, что если действие (воздержание от действий) лишено противоправного характера, оно не является виновным²³.

Г. К. Матвеев также полагает, что субъективные и объективные стороны каждого действия следует рассматривать только в сочетании, а не изолированно; иначе «они безразличны для права»²⁴.

В новой своей работе автор обращает внимание на то, что противоправное действие по общему правилу является сознательным актом, а действие в универсальном плане представляет собой диалектическое единство объективных и субъективных процессов. Взятые отвлеченно действия и их результат, независимо от субъективного состояния деятеля, юридически иррелевантны²⁵. И все же ученый подчеркивает, что психический момент — это основной признак вины, что нельзя отождествлять субъективные и объективные категории²⁶. На недопустимость подобного отождествления, на то, что противоправность бывает и без вины, Г. К. Матвеев указывал и раньше²⁷.

М. М. Тоболовская считает, что умышленное или неосторожное деяние, если оно не противоправно, не должно в юридическом смысле считаться виновным²⁸. Однако нельзя согласиться и с категорической формулой Х. И. Шварца: поступок виновен, потому, что он недозволен²⁹, или с выводом Д. И. Бернштейна: отсутствие вины, означает отсутствие противоправности³⁰.

Особую позицию в этом вопросе занимает В. А. Тархов, который не понимает вину как оценку противоправности действий

²² См. М. М. Агарков. Цит. работа, стр. 145, 146. О недопустимости игнорирования субъективных моментов см. ниже.

²³ См. О. С. Иоффе. Цит. монография, стр. 95 и 115.

²⁴ См. Г. К. Матвеев. Вина в советском гражданском праве. Киев, 1953, стр. 25, 174. На это обращает внимание и А. М. Хвостов. (См. Вина в советском трудовом праве, Минск, 1970, стр. 18).

²⁵ См. Г. К. Матвеев. Основания гражданско-правовой ответственности, стр. 20, 21.

²⁶ См. там же, стр. 189, 263

²⁷ См., например, его статью: О гражданском противоправном действии. «Советское государство и право», № 3, 1955, стр. 73.

²⁸ См. М. М. Тоболовская. Вопросы договорной и внедоговорной ответственности в советском социалистическом гражданском праве. Канд. диссерт., стр. 79.

²⁹ См. Х. И. Шварц. Значение вины в обязательствах из причинения вреда, М., 1939, стр. 36.

³⁰ См. Д. И. Бернштейн. Понятие ответственности за нарушение социалистических правовых норм и вина как неперемное условие ответственности. Канд. диссерт., Ташкент, 1964, стр. 222.

и результата их, считая, что виновное поведение не всегда бывает противоправным³¹. Но недопустимо смешивать любой сознательный поступок с виной. Выстрел при необходимой обороне — сознательный поступок, но не виновный. На недопустимость отождествления этих различных по характеру и содержанию понятий — вина и противоправность — совершенно справедливо указывают В. С. Константинова³² и В. П. Шахматов³³. Неверно само деление противоправного поведения на субъективное и объективное, которого придерживаются многие авторы. Противоправность — это категория всегда объективная, а субъективный момент связывает ее с правонарушением и ответственностью³⁴.

Итак, противоправными признаются действия, которые нарушают нормы советского социалистического права³⁵. Х. И. Шварц считал противоправным такое действие, которое противоречит и объективному праву (закону) и одновременно нарушает субъективное право потерпевшего³⁶. О. С. Иоффе полагает, что противоправно то действие, которое запрещено законом³⁷. А вот Д. И. Бернштейн считает, что правомерным может быть только действие, которое зависит от воли и разума и не противоречит требованиям правовых норм³⁸. И хотя оспаривать внесение в определение субъективных моментов нельзя, мы полагаем, что это является излишним, так как для определения антипода правомерности — противоправности эти моменты не характерны.

Авторы «Общей теории советского права» отождествляют противоправное действие с актом поведения правонарушителя, а правонарушение характеризуют отрицательным отношением лица к интересам общества или отдельных его членов, причем, противоправность является лишь юридическим выражением

³¹ См. В. Тархов. Обязательства, возникающие из причинения вреда. Саратов, 1957, стр. 24.

³² См. В. С. Константинова. Противоправность как основание ответственности по договору поставки. «Учен. зап. Саратовского юрид. института», вып. XVII, 1968, стр. 65.

³³ См. В. П. Шахматов. Состав гражданского правонарушения (рецензия). «Советское государство и право», 1971, № 8, стр. 149. Правда, не всегда при заблуждении, на которое указывает автор, можно вообще говорить о вине, а не только о противоправности.

³⁴ Г. К. Матвеев указывает, что вопрос об осознании противоправности должен находиться в плоскости виновности, а не противоправности, ибо сознание противоправности — субъективный факт, а противоправность — объективный факт. (См. Вина в советском гражданском праве, стр. 261).

³⁵ См. А. Н. Савицкая. Гражданская ответственность государственных органов за вред, причиненный их должностными лицами. Автореферат канд. дисс., М., 1953, См. также О. С. Иоффе. Цит. работа, стр. 78.

³⁶ См. Х. И. Шварц. Обязательства из причинения вреда. М., 1954, стр. 8.

³⁷ См. О. С. Иоффе. Обязательства по возмещению вреда, ЛГУ, 1952, стр. 15.

³⁸ См. Д. И. Бернштейн. Указ. диссертация, стр. 218.

общественной вредности правонарушений³⁹. Эта точка зрения на противоправность не вызывала бы возражений, если бы не подчеркивалась субъективная сторона деятельности.

В. А. Рахмилович в одной из своих статей, специально посвященных вопросу противоправности, подразумевает под неправомерными действиями такие, которые нарушают выраженные в нормах права запреты⁴⁰. Автор критикует взгляды некоторых ученых на то, что само вредоносное действие, само причинение вреда уже является противоправным⁴¹. На ряде примеров он показывает, что не всякий вред противоправен, а только такой, который связан с нарушением правовых норм, при этом он не разделяет и точку зрения, которую высказывал М. И. Брагинский о том, что вред нарушает специальное абсолютное правоотношение, заключающееся в обязанности вообще не причинять вред другому⁴².

Противоправность, указывает В. А. Рахмилович, заключается в нарушении правовой нормы, правового предписания тем, кому оно адресовано и кто действует сознательно, целенаправленно⁴³. Это верно в принципе, поскольку органически неотделима противоправность от субъективных моментов, но мы еще раз должны подчеркнуть неточность такой точки зрения, заключающей в себе опасность смешения понятий противоправности и правонарушения, а следовательно, и ответственности. Ответственность следует за нарушение государственного веления, предусмотренного правовой нормой, поэтому не только общественная вредность должна характеризовать действия, но и их противоправность, утверждает М. Х. Фарукшин⁴⁴.

Поведение человека в социалистическом обществе регулируется нормами права, которые и предусматривают необходимость определенного поведения, и запрещение того поведения, которое идет в разрез с предписанием этих норм. Обязательным с точки зрения юридической признается именно такое поведение, отклонение от которого запрещено нормой права, государством,

³⁹ См. Общая теория советского права под редакцией С. Н. Братуся и И. С. Самошенко, стр. 394, 399 и 403.

⁴⁰ См. В. А. Рахмилович. Цит. статья, стр. 53.

⁴¹ Б. Л. Хаскельберг в специальной работе, посвященной ответственности перевозчика, указывает, что хотя причинение грузу ущерба является противоправным, но не за всякую противоправность должен отвечать перевозчик, а лишь при конкретных нарушениях правил перевозки. (См. Ответственность железных дорог за несохранность груза. М., 1966, стр. 58).

⁴² В дореволюционном русском праве существовало мнение, что недозволенными должны считаться воспрещенные, просто недозволенные действия, а также совершенные без воли, ведома и согласия потерпевшего или вышедшие за пределы его разрешения. (См. В. Л. Исаченко, В. В. Исаченко. Обязательства по договорам, т. I, СПб, 1914, стр. 3).

⁴³ См. В. А. Рахмилович. Цит. статья, стр. 60.

⁴⁴ См. М. Х. Фарукшин. Общие принципы юридической ответственности в советском обществе. «Советское государство и право», № 5, 1967, стр. 117.

однако не всегда несоблюдение обязанности может считаться противоправным. Юридической обязанность делает только санкция, причем если нет противоправности, нет и санкции⁴⁵.

О. Э. Лейст совершенно верно не ставит знака равенства между правонарушением и противоправным деянием, считая, что правонарушение включает еще и субъективную сторону — вину. Нельзя согласиться с И. Ребане, считающим, что противоправность — это лишь формальный юридический признак правонарушения⁴⁶. Совершенно очевидно, что без противоправности не может быть вообще речи о правонарушении, без противоправности, по существу, нельзя говорить и о вине.

Противоправность — это один из существенных моментов вредоносного поведения⁴⁷. Возникает вопрос: во всех ли случаях отклонение от правовой нормы должно считаться неправомерным деянием? Существует мнение, что отсутствие вины исключает неправомерность, но это не совсем так. Ведь отклонение от правовой нормы субъект может вполне сознавать и даже предвидеть последствия своего поведения. Но такое отклонение нельзя всегда считать неправомерным даже с внешней стороны.

Оценка правомерности и противоправности может быть дана только с учетом интересов советского социалистического государства, которое воздействует на поведение людей путем применения ответственности с целью перевоспитания и предупреждения новых нарушений⁴⁸. Это своего рода реакция государства и общества на действия, противные их интересам, воле советского народа. Поэтому там, где отклонение от нормы допускается самой же нормой, либо сознательно избирается субъектом с учетом полезности и необходимости для интересов государства, общества, человека, такое отклонение признается правомерным, оно не осуждается государством даже если в результате этих действий причинен вред.

«Всякое противоправное деяние объективно общественно опасно. Только поэтому законодатель его признает противоправным», — пишут О. С. Иоффе и М. Д. Шаргородский⁴⁹. Несколько

⁴⁵ См. О. Э. Лейст. Санкции в советском праве. М., Юриздат, 1962, стр. 50—61.

⁴⁶ См. И. Ребане. К постановке вопроса об основаниях правовой ответственности. «Труды юридич. фак. Тартуского госуниверситета», вып. 44, Tallinn, 1956, стр. 159.

⁴⁷ См. О. А. Красавчиков. Возмещение вреда, причиненного источником повышенной опасности. М., Госюриздат, 1966, стр. 166.

⁴⁸ См. Д. И. Бериштейн. Указ. диссертация, стр. 22. На то, что в правовых нормах, устанавливающих ответственность, выражается отрицательное отношение общества, государства к правонарушителям, указывает Н. С. Маленин. (См. Понятие и основание имущественной ответственности, «Советское государство и право», 1970, № 12, стр. 37).

⁴⁹ О. С. Иоффе и М. Д. Шаргородский. Цит. соч., стр. 339. С этим не согласен В. И. Кофман, который опасается, что это приведет к размельчению понятия противоправности, определяемой автором как нарушение норм посредством нарушения чужого субъективного права без управо-

Выше авторы подчеркивают, что ответственность это санкция за несоблюдение нормы права, за действия, вызывающие общественное осуждение поведения правонарушителя⁵⁰. Вряд ли, однако, эти два элемента следует считать элементами ответственности, правильнее, на наш взгляд, считать их элементами противоправности. По этому вопросу мы не можем полностью согласиться и с С. С. Алексеевым, который подчеркивает, что лишь виновные правонарушения связаны с общественным осуждением⁵¹.

К. Ф. Тихонов полагает, что одного лишь психического отношения, сознания, желания недостаточно для понятия вины, — необходимо еще выяснение социального содержания, каковым является отрицательное отношение субъекта к интересам общества, выраженное им в совершении общественно опасного деяния⁵². Автор верно критикует взгляды А. И. Санталова на вину, который разделяет в ней психические аспекты (предвидение) и социально-правовые (сознание или возможность сознания общественно опасного или уголовно-противоправного характера деяния и его последствий)⁵³. Совершенно очевидно, что и предвидение, и сознание суть единый психологический момент. Прав К. Ф. Тихонов, считая, что нет вины без наличия отрицательного отношения субъекта к интересам общества. В то же время нет никакой надобности включать это в определение вины, ибо, говоря о вине, мы говорим не просто о психическом отношении субъекта, а отношении к противоправным действиям и противоправным последствиям. Социальное содержание вины как раз и проявляется в этом. При необходимой обороне, при производственном риске, хотя психическое отношение к факту имеется, но отсутствует вина, так как нет отрицательного отношения к интересам социалистического общества⁵⁴. Мы полагаем, что прежде всего в этих случаях отсутствует противоправность и, конеч-

мочия (см. цит. статью, стр. 74, 75), но ведь нарушение субъективного права прежде всего противоречит именно правовой норме, каким бы незначительным это нарушение ни было.

⁵⁰ См. О. С. Иоффе и М. Д. Шаргородский, там же, стр. 314—316.

⁵¹ См. С. С. Алексеев. Общая теория социалистического права, вып. 2, 1964, стр. 194, 195.

⁵² См. К. Ф. Тихонов. Субъективная сторона преступления. Саратов, 1967, стр. 65.

⁵³ См. А. И. Санталов. О единстве психологического и социально-правового аспекта понятия вины. «Тезисы докладов и сообщений», Кишинев, 1965, стр. 217.

⁵⁴ См. К. Ф. Тихонов. Цит. соч., стр. 68—71. П. С. Дагель считает, что автор в этом не прав, ибо вопрос об общественной опасности решен законодателем, а отрицательное отношение субъекта выражается в форме и содержании вины. (См. Рецензию на работу К. Ф. Тихонова «Советское государство и право». № 10, 1968, стр. 161). Прав Ю. Калмыков, указывающий, что в этих правомерных действиях воля субъекта направлена на достижение не тех последствий, которые возникли. (См. Возмещение вреда, причиненного имуществу. Изд-во Саратовского университета, 1965, стр. 22).

но, отсутствует вина именно потому, что психическое отношение субъекта имеется не к противоправным, а к правомерным действиям и их результату.

Неоправданно называть правомерные действия — деяниями внешне противоправными, однако этим термином пользуются многие авторы, большинство из которых, как, например, И. С. Самощенко, совершенно правильно полагает, что «поступки, которые формально подпадают под признаки запрещенных правом, но не имеют общественно вредного характера, не могут считаться противоправными»⁵⁵. Автор вообще считает, что противоправность и заключается в юридическом выражении общественной вредности деяния⁵⁶. В правомерных действиях нет никакого посягательства на социалистический правопорядок, наоборот, в ряде случаев они совершаются именно в государственных интересах.

Этическая, моральная оценка правомерности и неправомерности в советском обществе не совпадает с такой оценкой в капиталистических государствах. Защита частной собственности проходит красной нитью через все гражданское право буржуазных государств⁵⁷, поэтому тот, кто пользуется своим правом, хотя бы причиняя вред другому, обычно считается поступающим правомерно: *qui jure suo utitur, nemini laedit*. Правда, если такое пользование своим правом противоречит «добрым нравам», оно не должно считаться правомерным, но каков этот объективный критерий «добрых нравов», «рачительного хозяина», «добропорядочного отца семейства» в буржуазном обществе — хорошо известно. С этой точки зрения правомерными считаются действия конкурента, открывшего рядом с другим торговцем свой магазин, продажа купцом контрабанды по более дешевой цене (за убытки конкурента он не отвечает), удержание вещи до удовлетворения требования (самопомощь) и т. п.⁵⁸. Правомерным считалось в дореволюционном праве и убийство по настоянию убитого из сострадания к нему (следовало лишь почетное уголовное наказание — заключение в крепость); аналогичным образом решался вопрос и о вреде на дуэле, причем, высказывалось мнение, что дуэль не должна вообще считаться преступлением и должна иногда допускаться для защиты чести. Не взирая на ущемленные интересы близких людей, к убыткам от дуэли гражданское право оставалось безразличным, поскольку якобы отсутствовало посягательство на частные интересы, что не до-

⁵⁵ И. С. Самощенко. Цит. соч., стр. 96.

⁵⁶ См. там же, стр. 50.

⁵⁷ См. В. П. Доманжо. Вопрос об ответственности за вред, причиненный при осуществлении права, в проекте нашего гражданского уложения. Сб. статей памяти проф. Г. Ф. Шершеневича, М., 1915, стр. 322, 323.

⁵⁸ См. Г. Ф. Шершеневич. Учебник русского гражданского права, изд. 11, т. 2, М., 1915, стр. 225; См. так же И. М. Тютрюмов. Гражданское право. Юрьев, «Право», 1922, стр. 100, 102, 105; И. А. Покровский. Основные проблемы гражданского права. Петр., «Право», 1917, стр. 273.

пускало иска по принципу: *ex inusta causa non oritur actio*⁵⁹.

Часто противоправность действий зависит в капиталистических странах от формальных моментов (договор, заключенный в порядке осуществления торговли или промысла в Англии в воскресенье зачастую неправомерен и т. п.)⁶⁰, зато правомерными признаются такие действия, которые чужды нашему социалистическому правопорядку (нажива, спекуляция и т. п.)⁶¹.

Совсем иное отношение к правовым деяниям советского права и юридической науки. Отрицается противоправность при нанесении ущерба в состоянии необходимой обороны и крайней необходимости; правомерными должны быть признаны и такие действия, как уничтожение заболевших животных органами ветеринарного надзора в целях борьбы с эпизоотией, повреждение угодий при топографо-геодезических работах⁶², ущерб в результате основанных на реальных расчетах опытов и экспериментов⁶³, хозяйственный риск⁶⁴ и другие аналогичные случаи. Прав М. М. Агарков, который указывал, что действия правомерные, т. е. дозволенные правом, по общему правилу, не влекут за собой ответственности⁶⁵. Нам, однако, кажется, что здесь следовало бы не допускать даже каких-либо исключений — при правомерных действиях ответственности быть не может, хотя в некоторых случаях и допускается возложение материальных потерь на причинителя. Так, М. Сеара Васкес считает, что запускающее космический аппарат государство создает риск для всех государств, но никакого преступления здесь нет с точки зрения международного права, хотя причиненный ущерб должен быть возмещен⁶⁶. Этот вопрос выходит за рамки гражданского права, однако причинение такого ущерба возможно и в пределах одного государства.

⁵⁹ См. С. А. Беляцкий. Цит. соч., стр. 535, 536.

⁶⁰ Самойд и Вильямс. Основы договорного права. М., «Иностр. лит.», 1966, стр. 396.

⁶¹ См. Г. К. Матвеев. Цит. статья, стр. 74.

⁶² См. Г. К. Матвеев. Вина в советском гражданском праве, стр. 34, 35; см. его же. Основания гражданско-правовой ответственности, стр. 32, 33. Е. А. Флейшиц. Общие начала ответственности по основам гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик, «Советское государство и право», 1962, № 3, стр. 39; К. М. Сулейменов. Ответственность за нарушение сроков исполнения договорных обязательств. Алма-Ата, 1971, стр. 40.

⁶³ См. М. С. Гринберг. Момент оправданного риска в производственном процессе и его уголовно-правовое значение. «Советское государство и право», № 1, 1954, стр. 103—105.

⁶⁴ Е. А. Кленов, В. Г. Малов. Материальная ответственность рабочих и служащих на предприятии. М., 1968, стр. 13.

⁶⁵ См. М. М. Агарков. Указ. работа, стр. 152.

⁶⁶ См. Г. П. Жуков. Проблема ответственности за ущерб в космическом праве. «Советское государство и право», 1965, № 6, стр. 67. Нельзя, конечно, не учитывать цели запуска.

Существует термин «объективно-противоправные действия», как об этом указано выше. К таким действиям относят такие, которые противоречат правовой норме, но совершены без вины нарушителя. Прежде всего это касается вредного результата, причиненного без вины владельца источника повышенной опасности. Бытует иногда мнение, что в этом случае даже отсутствует противоправность: раз правомерно использование самого источника, то правомерен всегда и вред, связанный с ним⁶⁷. Нельзя смешивать два вопроса, указывает М. М. Агарков, правомерность деятельности и правомерность вреда, причиненного этой деятельностью; последнее неправомерно, иначе можно стать на позиции таких буржуазных юристов, как Merkel и Hold v. Fegpessk, которые смешивали объективные и субъективные моменты, считая, что неправомерные — это лишь действия, совершенные виновно⁶⁸. Этому же мнению придерживается и В. А. Тархов⁶⁹. Совершенно очевидно, что деятельность владельца источника повышенной опасности правомерна, но конкретные действия, приведшие к вредному результату, а не только сам результат, являются неправомерными. Автобаза, как указывает О. А. Красавчиков, должна осуществлять перевозки, а не сбивать людей, на это она не уполномочена. И далее «...правомерным является всякое действие, совершенное в соответствии с законом, на его основании и во всяком случае не противоречащее закону»⁷⁰. Причинение вреда лицами, эксплуатирующими источник повышенной опасности, неправомерно, оно осуждается государством, оно противоречит правовой норме, которая в этом случае остается даже безразличной к вине причинителя при решении вопроса об ответственности⁷¹. Но если оставить вопрос об ответственности и рассматривать одну лишь противоправность, то совершенно очевидно, что действия владельца источника повышенной опасности, результатом которых явилось причинение вреда,— противоправны. И. С. Самощенко указывает, что причинение вреда источником повышенной опасности без вины владельца есть деяние противоправное⁷².

⁶⁷ В. К. Райхер считает, что противоправность вообще не является обязательным условием гражданско-правовой ответственности за причинение вреда. (См. Вопросы ответственности за причинение вреда. «Правоведение», 1971, № 5, стр. 57, 58). В качестве одного из аргументов автор ссылается на причинение вреда дозволенными действиями (например, работа с орудиями труда). Но нельзя забывать, что поведение человека складывается из суммы отдельных действий и не все из них могут носить противоправный характер. Работа с молотком — действие дозволенное, но в тот момент, когда поведение субъекта отклоняется от дозволенного и направляется на причинение вреда, оно становится противоправным.

⁶⁸ См. М. М. Агарков. Указ. работа, стр. 151, 152.

⁶⁹ См. В. А. Тархов. Обязательства, возникающие из причинения вреда, стр. 55.

⁷⁰ О. А. Красавчиков. Указ. работа, стр. 169.

⁷¹ См. Г. К. Матвеев. Основания гражданско-правовой ответственности, стр. 22.

⁷² См. И. С. Самощенко. Цит. работа, стр. 16.

Мы полагаем, что не правы те юристы, которые называют подобные действия «внешне противоправными» или «объективно противоправными». Противоправность в таких действиях отрицаться не может, а ответственность за них — это уже совсем другой вопрос, а не какая-то отличная (особая) противоправность.

Совершенно прав О. С. Иоффе, который, рассматривая вопрос о поведении владельца источника повышенной опасности, указывает, что оно является противоправным, ибо даже при отсутствии вины сохраняется объективная возможность предотвратить вред⁷³.

Особое отношение к указанному вопросу занимает В. А. Рахмилович. Он полагает, что не прав О. С. Иоффе и некоторые другие юристы, считающие, что вред, причиненный владельцем источника повышенной опасности во всех случаях, кроме как при обстоятельствах непреодолимой силы, является правонарушением. Он считает, что признание правонарушения в этих случаях остается юридической фикцией, поскольку вред может быть и не связан с действиями лица, либо лицо это будет бессильно этот вред предотвратить⁷⁴.

Нельзя спорить с автором по вопросу об отсутствии противоправности в событиях. Он, конечно, прав, когда говорит, что противоправность заключается в нарушении правового предписания, которое должно быть адресовано определенному лицу (лицам). Если субъект не нарушил норму, предписывавшую принятие определенных мер, препятствующих вредоносному развитию события, если к такому событию не присоединены действия лица, то само собой разумеется, что говорить о противоправности нельзя. К. Маркс указывал: «Помимо своих действий, я совершенно не существую для закона, совершенно не являюсь его объектом. Мои действия — это единственная область, где я сталкиваюсь с законом...»⁷⁵. Что же касается точки зрения В. А. Рахмиловича о том, что противоправность — это всегда акт сознательного поведения, то по этому поводу мы высказались несколько ранее: нарушение нормы малолетним, невменяемым, лицом, которое не знало и не могло знать о таком нарушении, — не делает поведение лица правомерным. Нарушение нормы — есть нарушение. Это объективная реальность. Причинение вреда владельцем источника повышенной опасности при его эксплуатации недопустимо и неизвинительно даже при отсутствии вины — гласит правовая норма; недействительно принятие акта, вынесенного

⁷³ См. О. С. Иоффе. Цит. работа, стр. 104. Как подчеркивает В. Маслов, законодатель как бы говорит: пока нельзя устранить полностью причинение вреда, все равно ты отвечаешь, ибо должен совершенствовать знания. (См. Обязательства из причинения вреда. Харьков, 1961, стр. 26).

⁷⁴ См. В. А. Рахмилович. Цит. статья, стр. 59.

⁷⁵ К. Маркс и Ф. Энгельс. Соч., т. 1, М., 1965, стр. 14 («Заметки о новейшей прусской цензурной инструкции»).

ввиду незнания о существовании неопубликованного акта высшего органа; недопустимо осуждение невинного человека и т. д. Правовая норма не допускает, запрещает, не признает. Отклонение от этой правовой нормы противоправно.

Можно соглашаться или не соглашаться с Е. А. Флейшиц и В. А. Тарховым о мотивах, которые побудили законодателя установить в ст. 90 Основ противоправность причинения вреда владельцем источника повышенной опасности при случайных обстоятельствах⁷⁶, но нельзя отрицать наличие самой противоправности причинения вреда подобными действиями, опасными ввиду постоянной угрозы возможного причинения такого вреда⁷⁷. Противоправный результат является обычно следствием не только непосредственного причинения вреда, но и отсутствия контроля за поведением исполнителей, и непринятием определенных превентивных мер по элиминированию отдаленно предвиденного, допускаемого вреда, даже если эти меры пока еще не разработаны. Объективная возможность предотвращения вреда, как указывает О. С. Иоффе, существует. Остановимся на некоторых примерах. Ст. 427 ГК РСФСР предусматривает, что организация, для которой хранение является одной из целей деятельности, отвечает и за случайное несохранение сданных вещей. Аналогичная норма содержится и в ст. 429 ГК. У дверей общежития был поставлен швейцар, но неожиданно с ним случился обморок. Этим воспользовалось постороннее лицо, которое проникло в общежитие и похитило из комнаты вещи. Вины нет. Все было выполнено, налицо — случай. Но... комнаты могли запираяться, мог быть второй дежурный, могла быть установлена сигнализация и т. п. Пределов возможного нет, но оно уже выходит за грань вины. И все же проявленное бездействие бесспорно, причем, бездействие это противоправно, оно является отклонением от нормы, которая предопределяет сохранение сданных вещей при любых обстоятельствах, даже выходящих за рамки нормального предвидения, а следовательно, и нормального преодоления. Несохраниение вещи — это противоправное бездействие, это отклонение от нормы о безусловном сохранении вещи. Иногда ошибка, которая не может быть поставлена в вину ее допустившему, приводит к возникновению ущерба. Примером может служить ошибочное привлечение к уголовной ответственности или осуждение человека. Причем, в действиях органов следствия и суда может и не быть небрежности⁷⁸. Вполне допустимо до-

⁷⁶ См. Е. А. Флейшиц. Цит. статья, стр. 39. В. А. Тархов. Указ. работа, стр. 55.

⁷⁷ Опасна не сама по себе деятельность, а ее связь с опасностью, замечает К. Яичков. (См. рецензию на работу Б. С. Антимонова «Гражданская ответственность за вред, причиненный источником повышенной опасности. «Социалистическая законность». 1953, № 5, стр. 80).

⁷⁸ См. В. М. Савицкий, Е. А. Флейшиц. Об имущественной ответственности органов следствия и суда. «Советское государство и право», № 7, 1966, стр. 14.

бросовестное заблуждение, вызванное стечением определенных обстоятельств, совпадением фактов и т. п. Одно лишь ошибочное суждение не может привести к возникновению вреда, за суждением следуют действия, которые и являются действиями противоправными, противоречащими закону о презумпции невиновности, противоречащими норме, не допускающей привлечения к ответственности, осуждения невиновного человека ни при каких обстоятельствах.

Лицо, эксплуатирующее в данный момент источник повышенной опасности, может действовать до определенного момента вполне правомерно. Скажем, шофер везет груз по горной дороге, но на спуске неожиданно отказали тормоза, причем по такой технической причине, которую нельзя было в свое время предвидеть, нельзя было ее поэтому и предотвратить. Субъективная случайность перешла в объективную. Вины шофера нет, но машина неудержимо мчится на идущего человека, который бессилён на узкой горной дороге что-либо предпринять. Столкновение, авария, ущерб. Здесь нет непреодолимой силы, нет вины потерпевшего, нет вины причинителя. Но последний с того момента, когда отказало тормозное устройство и когда неподчиняющаяся его усилиям машина (в результате допущенного им в свое время неукладывавшегося в сознание бездействия, создавшего условия для превращения вероятной возможности в действительность), сбита человека — действовал противоправно. В признании этого и заключается стимул к изысканию новых путей для обеспечения безопасности⁷⁹. Правовая норма не извиняет причинение вреда источником повышенной опасности, независимо от субъективной оценки нарушителем своих действий и их результата и объективной возможности избежать этот результат. Исключение: непреодолимая сила и умысел потерпевшего⁸⁰. Значит такие непосредственные или сопутствующие событию действия и при отсутствии вины противоречат правовой норме и являются противоправными.

⁷⁹ Н. С. Малеин решительно выступает против концепции «стимулировать не обвиняя», основывающейся на каких-то безграничных «запасах работливости». (См. Вина — необходимое условие имущественной ответственности, стр. 30, 31). Но все знать и все предвидеть невозможно. Что-то для познания дает и каждый случай. Практике известны факты, когда после тщательных испытаний и длительной эксплуатации возникали аварии в машинах, потребовавшие изменения в конструкции, в технологии, но за это обвинить кого-либо можно далеко не всегда.

⁸⁰ Правильно отмечает Т. В. Церетели (см. Деликты создания опасности, «Советское государство и право», 1970, № 8, стр. 61), что неосмотрительное поведение может быть и при случае, оно включает в себя и отклонение от неписанных правил, от требований повышенной предосторожности, поскольку абсолютно нормальная эксплуатация источника повышенной опасности исключает причинение вреда, его не исключает только непреодолимая сила и умысел потерпевшего. Именно в этом, как мы указали выше, и заключается также объективное различие между непреодолимой силой и простым объективным случаем.

Существует взгляд, согласно которому противоправность так называемых объективно-противоправных деяний заключается только в допущении ответственности за них⁸¹. Но ответственность это не основание противоправности, а следствие — санкция за отклонение от нормы. Именно противоправность действий (причинения), наряду с наличием реального убытка и причинной связи между этими действиями или бездействием и результатом, — составляет объективный момент правонарушения. Нет правонарушения, если нет убытка, нет его, если убыток причинно не связан с действиями, нет правонарушения, если не было нарушения права — отклонения от нормы, т. е. противоправности.

В. А. Рахмилович полагает, что один лишь вред достаточен в случаях, предусмотренных ст. 90 Основ для применения ответственности⁸². Согласиться с такой позицией нельзя, только при противоправных действиях, а не при отвлеченном вреде можно поставить вопрос об ответственности конкретного лица и никаких исключений из этого положения не существует. Не-приемлема, как указано, и точка зрения о достаточности для применения ответственности лишь вины и причинной связи⁸³.

Что же касается вопроса о необходимости наличия субъективного момента для возложения ответственности, этот вопрос должен быть рассмотрен особо.

§ 11. Вина — главное субъективное основание гражданскоправовой ответственности

В правовой литературе отводится много места вопросам гражданскоправовой ответственности. Проблема эта очень важная и сложная и внимание к ней ученых-юристов вполне оправдано.

Наблюдаются две тенденции в обосновании гражданскоправовой ответственности. Одна из них связывает эту ответственность исключительно с категорией вины причинителя вреда или субъекта правоотношения и исключает всякую возможность возложения ответственности на невиновное лицо. Приверженцы другого взгляда в своих суждениях не столь категоричны и допускают применение ответственности и без вины, хотя большинство из них признает исключительность таких случаев.

М. И. Брагинский указывает, что идея «ответственности без вины, в том числе за «чужую вину» была выдвинута «в результате недостаточно четкого разграничения сущности и формы

⁸¹ См. И. С. Самощенко. Цит. соч., стр. 90.

⁸² См. В. А. Рахмилович. Цит. статья, стр. 62.

⁸³ См. В. К. Райхер. Цит. статья, стр. 58. Гражданское право знает как ответственность при отсутствии вины и при случайной причинной связи, так и недопущение ответственности при наличии вины и причинной связи между действиями субъекта и наступившим результатом.

рассматриваемого явления¹. Автор, исследуя специальный вопрос об ответственности за «чужую вину», приходит к выводу, что либо должник отвечает за свою собственную вину, либо вопрос о реальном исполнении подменяется вопросом об ответственности. Несмотря на убедительность и логичность доводов М. И. Брагинского, в его конструкции не трудно найти и слабые звенья. Так, например, весьма спорно утверждение, что хранитель при краже отвечает, если виновен в халатности². Выше мы сказали, что иногда ответственность хранителя наступает и при случайных для него обстоятельствах. Нельзя также утверждать, что всегда имеется вина самого юридического лица (ответственность генерального подрядчика за субподрядчиков, поставщика за изготовителей и т. п.).

Непримиримую позицию в этом вопросе занимает Д. И. Бернштейн. Он утверждает, что ответственность предусматривается за сознательное отступление от нормы. «Если же факт правонарушения не мог быть осознан и предвиден,— утверждает автор,— или хотя и мог быть предвиден, но в конкретной ситуации отсутствовала реальная возможность исключить нарушение правовой нормы, т. е. не было возможности избрать иной вариант волевого поведения, то при этих условиях лицо, случайно оказавшееся в роли правонарушителя, не несет ответственности»³. Категория ответственности, по его мнению, неразрывно связана с виной. Нетрудно заметить, что Д. И. Бернштейн в этом своем выводе выходит из круга субъективного, т. е. вины, так как невозможность предотвращения — это уже объективный случай.

Решительно отрицает допустимость возложения ответственности без вины Н. Г. Александров, который полагает, что при отсутствии вины противоправное поведение (внешне противоправное) не влечет за собой санкций по принципу объективного вменения⁴.

М. Д. Шаргородский в одной из своих работ подчеркивает, что при объективной противоправности могут последовать другие правовые последствия, но не ответственность⁵. Но в других

¹ М. И. Брагинский. К вопросу об ответственности за чужие действия по советскому гражданскому праву, «Труды ВЮЗИ», т. I, М., 1961, стр. 9.

² Там же, стр. 12.

³ Д. И. Бернштейн. Проблема так называемой ответственности без вины в советском праве. Сборник статей аспирантов ТашГУ, вып. 253. Ташк., 1964, стр. 116.

⁴ См. Н. Г. Александров. Законность и правоотношения в советском обществе. М., Госюриздат, 1955, стр. 168.

⁵ См. М. Д. Шаргородский. Общая теория государства и права. Изд. ЛГУ, 1961, стр. 466. М. Д. Шаргородский в рецензии, написанной в соавторстве с Д. А. Керимовым и Ю. К. Толстым на одну из статей И. С. Самощенко, осуждает автора за допущение им в порядке исключения ответственности без вины, поскольку в этих случаях нет государственного порицания («Советское государство и право», № 7, 1961).

своих работах М. Д. Шаргородский допускает ответственность в гражданском праве и при отсутствии вины⁶.

И. Ребане указывает, что ответственность — это относимость государством к виновному в правонарушении упрека и применимость к нему юридической санкции. Он утверждает, что так называемая ответственность без вины — это по существу не правовая ответственность, а совершенно отличное от нее явление — принудительное осуществление права. Предпосылкой правовой ответственности является вина⁷. Аналогичного мнения придерживаются и авторы коллективного труда «Стимулирование исполнения хозяйственных договоров», считающие, что только в этом случае достигается стимулирующее воздействие мер ответственности⁸. Не допускает малейшего отступления от принципа вины Т. С. Хаскина, которая полагает, что во всех случаях ответственность имеет основанием вину и только вину: вину служащих, вину недееспособных, даже вину владельца источника повышенной опасности, от которого требуется большее предвидение, чем обычно⁹. Такую же решительно позицию занимает и В. С. Константинова¹⁰. Считает вину, причем, исключительно в субъективном смысле, единственным основанием гражданско-правовой ответственности и Б. Г. Шлифер¹¹.

Среди буржуазных юристов, как уже отмечалось выше, имеются ярые сторонники исключительного принципа вины, не допускающие отступления от него. К их числу принадлежит французский юрист Paul Esmein, который подчеркивает, что вина является основанием ответственности как контрактной, так и деликтной. Но нужно обратить внимание на то, что, как и большинство буржуазных юристов, Р. Esmein придерживается объективного критерия, считая, что вина состоит в невыполнении действия, которое совершил бы «добрый отец семейства»¹². Во многих нормативных актах зарубежных стран подчеркивается,

⁶ См. выступление на научной дискуссии на юридическом факультете. «Вестник ЛГУ», № 9, 1951, стр. 92, 93.

⁷ См. И. Ребане. Указ. работа, стр. 159, 162.

⁸ См. Стимулирование исполнения хозяйственных договоров. Минск, 1968, стр. 32, 33, 46, 65, 66. Авторы этой работы не отрицают, что в ряде случаев (ответственность по договорам хранения и перевозки) существует ответственность без вины, но установление такой ответственности они считают отступлением от общего принципа и предлагают отказаться от подобной конструкции ответственности.

⁹ См. Т. С. Хаскина. Основные начала ответственности за внедоговорный вред по советскому гражданскому праву. Канд. диссерт. Л., 1949, стр. 240, 317.

¹⁰ См. В. С. Константинова. Вина как условие ответственности по обязательствам поставки. Автореферат канд. дис., Саратов, 1970, стр. 10.

¹¹ См. Б. Г. Шлифер. Некоторые спорные вопросы договорной ответственности по советскому гражданскому праву. «Советское государство и право», № 9, 1965, стр. 115—118.

¹² См. Paul Esmein. Le fondement de la responsabilité contractuelle rapprochée de la responsabilité delictuelle. „Revue trimestrielle de droit civil“, Paris, 1933, p. 690—692.

что должник не отвечает вследствие случайного события, когда не мог сделать того, к чему обязался при отсутствии его вины (см., например, арт. 1148, 1382, 1383 и др. Code civil). Но постепенно в бесспорности этого принципа начали сомневаться, и последний был существенно поколеблен.

Мнение советских юристов, отрицающих возможность применения ответственности при отсутствии вины, как отмечалось выше, выражает Д. И. Бернштейн, который специально исследует этот вопрос¹³. Он указывает, что применение ответственности при случайных обстоятельствах принижает значение этой категории как наказания, как осуждения и средства предупреждения и перевоспитания нарушителя. Возникает вопрос: почему одинаковые меры применяются к осуждаемому и к неосуждаемому поведению; ведь нет никакого стимула к соблюдению нормы права, а лишь стимул к развитию техники, причем, если говорить о гражданах, то это от них не зависит, хотя возложение материального ущерба весьма ощутимо. Д. И. Бернштейн полагает, что нельзя отрицать необходимости и при случае обеспечения пострадавших, но справедливо и для последних и для причинителя ввести институт страхования ответственности, причем, по существу возложение материальных потерь на владельца источника повышенной опасности и в настоящее время, по мнению автора, имеет страховую природу. В другой работе Д. И. Бернштейн еще раз подчеркивает воспитательный характер ответственности, осуждение поведения нарушителя, с чем, конечно, нельзя не согласиться.

Не всегда, указывает автор, меры государственного принуждения выступают в качестве ответственности за нарушение норм права¹⁴. Д. И. Бернштейн подчеркивает далее, что в тех случаях, когда лицо не предвидело и не могло предвидеть вредный характер последствий своих действий, налицо не противоправное поведение, а лишь кажущееся противоправным. Автор категорически утверждает, что случайное, как независящее от воли, от предвидения человека, не может быть противоправным. Нельзя осуждать, если вред произошел случайно, помимо воли причинителя¹⁵. Поэтому при невиновном причинении вреда источником повышенной опасности наступает не ответственность, а помощь пострадавшим — это гражданскоправовая обязанность, а не ответственность, ибо нет цели перевоспитания и предупреждения, как нет никакого противоправного деяния¹⁶.

Выше мы дали уже оценку взглядов на страхование гражданской ответственности, которое иногда вуалирует действительных виновников. Что же касается отрицания противоправности при случайном причинении вреда в результате действий

¹³ См. Д. И. Бернштейн. Указ. работа, стр. 119—124.

¹⁴ См. Д. И. Бернштейн. Цит. диссертация, стр. 65—67.

¹⁵ См. там же, стр. 139—142, 157.

¹⁶ См. там же, стр. 210—214.

(бездействия), то наша точка зрения на этот вопрос высказана в предыдущем параграфе. Не может быть никаких сомнений в том, что в подавляющем большинстве случаев основанием возложения ответственности может быть только вина. Вина является главным субъективным основанием ответственности. По общему правилу ответственность может наступить лишь в том случае, когда причинение вреда вменяется в вину субъекту. Принцип ответственности за вину — это исходное начало для всех видов ответственности¹⁷. Он окончательно утвердился в советском праве, которое отвергло принцип причинения, безразлично относившегося к психическому отношению субъекта.

Б. С. Антимонов полагает, что с точки зрения законодательной политики следует отдать приоритет вине над внешним элементом — противоправностью поступка¹⁸. В другой работе Б. С. Антимонов называет вину — ведущим началом договорной ответственности, общим принципом, общим основанием ответственности¹⁹. Такую же оценку вине дали и в цитируемых работах О. С. Иоффе, Г. К. Матвеев и большинство других авторов, однако некоторые цивилисты возражают против утверждения о применении принципа вины как условия ответственности в некоторых институтах гражданского права, например, в договоре поставки. Полемизируя с этими авторами, в частности с Е. А. Флейшиц, Р. О. Халфина доказывает необоснованность подобной точки зрения прежде всего в отношении ответственности за нарушение уже существующих обязательств²⁰.

М. Х. Фарукшин полагает, что невиновное причинение не может включаться в пределы правового регулирования и если пока закон допускает такое включение, то лишь по той причине, что общество не может еще за свой счет покрывать ущерб²¹, но автор считает, что в этом случае нельзя говорить об ответственности, даже ссылаясь на указание об этом в законе, ибо в его формулировках могут быть допущены ошибки и никто не дает векселя на его непогрешимость²².

Подавляющее большинство ученых-цивилистов, признавая вину в качестве основания ответственности, допускают исключения

¹⁷ См. И. Б. Новицкий, Л. А. Лунц. Общее учение об обязательстве. М., Госюриздат, 1950, стр. 320.

¹⁸ См. Б. С. Антимонов. Значение вины потерпевшего при гражданском правонарушении. М., Госюриздат, 1952, стр. 92.

¹⁹ См. Б. С. Антимонов. Основания договорной ответственности социалистических организаций. Госюриздат, 1962, стр. 32, 37.

²⁰ См. Р. О. Халфина. Правовое регулирование поставки продукции в народном хозяйстве. М., Изд. АН СССР, стр. 256—265. В свое время Л. И. Картужанский отрицал необходимость учета вины при применении мер ответственности в договоре поставки, ссылаясь на недопустимость ограничения ответственности. (См. Ответственность за неисполнение договоров в социалистическом хозяйстве. «Вестник ЛГУ», 1950, № 4, стр. 105).

²¹ См. М. Х. Фарукшин. Свобода воли и юридическая ответственность. «Вестник МГУ», серия 10, № 1, 1965, стр. 20.

²² См. там же, стр. 15, 16.

в отдельных случаях, в том числе и ответственность без вины. В. А. Рахмилович указывает: «... в основании гражданской ответственности, за исключением специально установленных случаев по закону, лежит принцип вины, но в арбитражной практике допускается применение ответственности даже при наличии независимых от сторон обстоятельств, т. е. без вины, хотя вина приобретает все большее значение и в арбитражной практике»²³.

О. С. Иоффе полагает, что за случайные последствия осуждать некого и нужно отличать исполнение от ответственности, но он не отрицает ответственность без вины, когда она предусмотрена законом (например, при случайной невозможности исполнения просрочившего должника)²⁴. Принцип ответственности за вину, указывает О. С. Иоффе, служит цели охраны собственности социалистической и личной, делу охраны общественных и личных интересов граждан, но когда этот принцип не служит указанным целям, то закон устанавливает при исключительных, особых обстоятельствах ответственность и за случайное, невинное причинение ущерба²⁵. Автор далее указывает: «Едва ли можно сомневаться в том, что ответственность за случай допускается по нашему законодательству только при особых обстоятельствах, выходящих за пределы условий обычного характера, так как она рассчитана на деятельность не общего, а такого исключительного свойства, в силу которого последняя представляет собой повышенную опасность для окружающих»²⁶.

Перечисляет случаи безвиновной ответственности и Г. К. Матвеев²⁷. Называет их в виде исключений и А. М. Белякова²⁸. О. Э. Лейст, признавая возможность применения ответственности без вины, подчеркивает, что эта ответственность не сопровождается моральным упреком, моральным осуждением, но само уже отклонение от нормы достаточно для применения ответственности за правонарушение. И далее: «По характеру нарушения правопорядка, требующего применение санкции, различают «ответственность за вину» и «ответственность без вины»²⁹.

²³ В. А. Рахмилович. К вопросу о содержании и значении гражданской вины. «Учен. записки ВЮЗИ», вып. V, 1958, стр. 117—119.

²⁴ См. О. Иоффе. Вина как условие ответственности за нарушение обязательства. «Советская юстиция», № 5, 1965, стр. 24, 25.

²⁵ См. О. С. Иоффе. Ответственность по советскому гражданскому праву. Л., Изд. ЛГУ, 1955, стр. 29.

²⁶ Там же.

²⁷ См. Г. К. Матвеев. Вина в советском гражданском праве, стр. 112, 113.

²⁸ См. А. М. Белякова. Возмещение вреда, причиненного источником повышенной опасности, МГУ, 1967, стр. 12. Наоборот, А. Л. Маковский, ссылаясь на договор перевозки, говорит о широком применении принципа ответственности без вины. (См. Об основаниях ответственности за невыполнение государственного плана морских перевозок грузов, за простои морских судов и просрочку в доставке грузов морским путем. «Учен. записки ВЮЗИ», вып. 9, М., Госюриздат, 1959, стр. 148).

²⁹ См. О. Э. Лейст. Цит. соч. стр. 81, 92.

М. И. Брагинский, исследуя вопрос об ответственности за чужие действия, указывает, что ответственность владельца источника повышенной опасности является специальной нормой, исключением³⁰. К. К. Яичков высказывает сомнение в том, что главным основанием ответственности является вина³¹.

Единственное исключение из принципа вины как основания ответственности в отношениях между организациями, когда причиной неисполнения обязательств данным поставщиком является невыполнение обязательства его контрагентом, — делает В. К. Райхер³². В. А. Тархов отмечает, что борьба с «теорией причинения» привела к крену в другую сторону — к полному отрицанию ответственности без вины, тогда как в законе она предусмотрена и уже поэтому является справедливой и воспитывающей³³. Н. С. Малеин обращает внимание на то, что объяснения, даваемые по вопросу оснований ответственности за вред, причиняемый источником повышенной опасности (отсутствие повышенной бдительности, предосторожности) — это та же вина, а если это что-то необычное, то вводится новая форма — «фикция вины». Отдельные авторы (О. С. Иоффе, Е. А. Флейшиц), говоря об основаниях этой ответственности, приближаются к риску, считая, что эти основания заключаются в том, что субъекты, зная о неисклнении отрицательных последствий, допускают деятельность, связанную с повышенной опасностью; объясняют ее как высокую степень вероятности причиненного вреда. Н. С. Малеин согласен с подобными концепциями, но он полагает, что следует отказаться от поисков основания в субъективном элементе правонарушения, а обратиться к условиям деятельности этого источника³⁴. Присоединяется к тем ученым, которые допускают ответственность и при отсутствии вины, А. А. Собчак. Автор полагает, что назначение гражданско-правовой ответственности — это обеспечение восстановления нарушенных имущественных прав, т. е. компенсационная функция. Этот вывод

³⁰ См. М. И. Брагинский. Цит. работа, стр. 55.

³¹ См. К. К. Яичков. Договор железнодорожной перевозки грузов по советскому праву. М., Госюриздат, 1958, стр. 240. Эту мысль К. К. Яичков высказывал неоднократно в отношении обязательств из причинения вреда. Его позиция встретила критику. (См. О. Н. Садиков. Рецензия на сборник «Вопросы гражданского права», МГУ, 1957. «Советское государство и право», № 3, 1959, стр. 138).

³² См. В. К. Райхер. Правовые вопросы договорной дисциплины в СССР, стр. 211.

³³ См. В. А. Тархов. Основания ответственности по советскому гражданскому праву. «Учен. труды Саратовского юридического института», 1969, стр. 70; См. Г. К. Матвеев. Основания юридической ответственности. «Советское государство и право», № 10, 1971, стр. 30.

³⁴ См. Н. С. Малеин. Об ответственности за вред, причиненный жизни или здоровью застрахованного. «Советское государство и право», № 6, 1953, стр. 134, 135. В статье «К вопросу о вине и случае в деликтных обязательствах» («Советское государство и право», № 4, 1963, стр. 142) автор выступает против расширения ответственности за невиновное причинение, считая, что такая ответственность не имеет достаточно четкого объяснения.

подтверждается, в частности, и тем, что в ряде случаев при возложении такой ответственности вина вообще не учитывается³⁵. С этой позицией трудно согласиться. Нельзя выделять одну функцию ответственности над другой. Ей присуща и стимулирующая, и предупредительная, и воспитательная функции, что особенно наглядно видно при взыскании санкций за нарушение договора поставки³⁶, но в меньшей степени относится ко всем случаям договорной и деликтной ответственности.

Допуская некоторое преувеличение компенсационной функции гражданско-правовой ответственности, А. А. Собчак подчеркивает и стимулирующее значение применяемой ответственности без вины (ответственность владельца источника повышенной опасности, профессионального хранителя), и связь такой ответственности в ряде других случаев именно с виной — виной третьих лиц (юридико-технический прием перенесения вреда)³⁷. Даже в том случае, если ввиду просрочки наступила невозможность исполнения, автор усматривает здесь предшествующее виновное поведение кредитора или должника и считает, что расширенная ответственность — это санкция за такое поведение, т. е. и в этом случае ответственность без вины позволяет еще последовательней проводить принцип вины³⁸. А. А. Собчак признает ответственность без вины лишь как исключение из общего правила при наличии особых причин (повторяемость, предшествующее предвидение, статистическая предвиденность и т. п.). Эта ответственность необходима, пока общество не может взять на себя обязанность возмещения случайных убытков и является одним из средств ликвидации вреда³⁹. Автор приводит далеко не все случаи применения ответственности без вины, а выдвигаемые предпосылки такой ответственности, носящие субъективный и объективный характер, ни в коей мере не могут дать юридическое обоснование возложения ответственности, как это предусмотрено в законе, а не обязанности по возмещению ущерба.

Анализируя ряд статей Основ гражданского законодательства, Е. А. Флейшиц возражает против трактовки ответственности

³⁵ См. А. А. Собчак. О спорных вопросах общей теории правовой ответственности. «Правоведение», № 1, 1968, стр. 50.

³⁶ См., например, работу автора. Правовое регулирование товарооборота в народном хозяйстве СССР. «Ирфон», Душанбе, 1966, стр. 189. На три функции ответственности: превентивную, репрессивную и компенсационную указывает Н. С. Малейн. (См. Понятие и основание имущественной ответственности, стр. 38).

³⁷ Целый ряд авторов придерживается мнения, что ответственность за чужую вину не является ответственностью без вины вообще, а подразумевает именно вину третьих лиц. Такого мнения была Е. И. Данилова. (См. Ответственность должника за действия третьих лиц, участвующих в исполнении договора. 1913, стр. 31). Мы ссылались уже на мнение по этому вопросу ряда советских ученых, в том числе М. И. Брагинского.

³⁸ См. А. А. Собчак. Цит. работа, стр. 52, 53.

³⁹ См. там же, стр. 54, 57.

без вины, как санкции низшего ранга и полагает, что всякое применение санкции за нарушение обязанности — это вид гражданской ответственности, имеющий определенное воспитательное значение⁴⁰.

Известное воспитательное значение, хотя и весьма ограниченное, за ответственностью без вины признают и другие авторы⁴¹. Не отрицает стимулирующего значения ответственности без вины и Н. С. Малейн, но он полагает, что некоторые ученые преувеличивают этот стимул, распространяя его и на тех лиц, которые не в состоянии ничего усовершенствовать, ничего изменить, поэтому он выступает за сокращение такой ответственности, ибо может произойти обратный стимул (не оказывать помощь и т. п.)⁴².

В одной из статей В. Рахмилович подчеркивает, что недопустимо расширение ответственности без вины на случаи причинения вреда кратковременными пользователями автомашинами, они должны нести ответственность на общих началах, но автопредприятия, которые выдали машины, должны нести ответственность в этих случаях причинения вреда, что будет стимулировать улучшение контроля с их стороны⁴³. Признает в весьма ограниченных случаях исключения из принципа вины при применении ответственности и И. Д. Фондаминский⁴⁴.

Б. С. Антимонов также полагает, что право знает и понятие более широкое, чем виновное правонарушение — ответственность без предпосылки вины⁴⁵. С. А. Аскназий видел в применении ответственности за случайные и чужие действия распределительную функцию ответственности, которая и является основанием такой ответственности⁴⁶. Но распределение потерь ничего общего не имеет с ответственностью, что видно из последующего изложения.

Исключения из принципа вины знало и дореволюционное русское и зарубежное право. Я. А. Канторович объяснял эти исключения требованиями справедливости или социально-экономическими соображениями. Среди них упоминалась ответственность малолетних и сумасшедших, если у их родителей или осу-

⁴⁰ См. Е. А. Флейшиц. Указ. статья, стр. 37.

⁴¹ См. В. А. Рахмилович. Основные вопросы договорной ответственности по советскому гражданскому праву. Канд. диссерт. М., 1954, стр. 177.

⁴² См. Н. С. Малейн. Возмещение вреда, причиненного личности. М., Госюриздат, 1965, стр. 40, 44, 45.

⁴³ См. В. Рахмилович. О страховании гражданской ответственности. «Советская юстиция», № 4, 1962, стр. 227.

⁴⁴ См. М. Д. Фондаминский. Ответственность за действия других лиц в обязательствах из причинения вреда по советскому праву. Кандидатская диссертация. Свердловск, 1948, стр. 7.

⁴⁵ См. Б. С. Антимонов. Значение вины потерпевшего при гражданском правонарушении. М., Госюриздат, 1950, стр. 90, 91.

⁴⁶ См. С. И. Аскназий. Некоторые вопросы гражданско-правовой ответственности. Вопросы советского права. Учен. зап. ЛГУ, вып. 4, 1953, стр. 167.

шестствлявших надзор отсутствовали средства; ответственность хозяина за служащих, даже если он не виновен в подборе их (это считалось справедливым, так как хозяин извлекает пользу); держателей гостиниц, меблированных комнат, постоялых дворов, трактиров (за пропажу вещей); предприятий, связанных с профессиональным риском, а также в ряде случаев, предусмотренных договором поклажи и подряда, Уставом железных дорог, ст. 216 и 218 Положения о казенных поставках и подрядах и т. п.⁴⁷. Особый интерес в освещении взглядов в правовой литературе на ответственность без вины представляла в свое время работа К. Адлера⁴⁸. Автор излагает эволюцию в позиции юристов на вину как в уголовном, так и в гражданском праве. Он отмечает, что наряду с принципом вины в законодательстве допускалось и вознаграждение за убытки, и в исключительных случаях ответственность без вины. Вредный образ действия (со взглядом автора на деятельность источников повышенной опасности как на вредную деятельность согласиться никак нельзя) допускается, утверждает К. Адлер, только при условии возмещения ущерба, поэтому здесь нельзя говорить о вине и налицо случай безвиновной ответственности⁴⁹. Автор сторонник такой ответственности. Правда, он идет значительно дальше, понимая ее очень широко, становясь на позицию принципа причинения, полагая, что мост между ответственностью за предвиденные и за непредвиденные случаи (поступок безумного, например) очень шаток. Этот мост — ответственность без вины. И хотя К. Адлер делит ответственность на ненастоящую (при действиях на собственный страх, например, транспорта) и настоящую (за непредвиденные и неизбежные последствия), объясняя первую великодушием и благоволением права, а смысл введения второй — за бессознательно опасный или вредный образ действий причем, при ненастоящей ответственности К. Адлер видит квазиделикт, осадок вины), но по существу и в том и в другом случаях он признает ответственность за причинение, необоснованно расширяя случаи ответственности (именно ответственности) без вины⁵⁰. В гражданском праве, по его мнению, без несправедливой, снисходительной сентиментальности возмещение убытков будет измеряться последствиями, причем присуждение к ответственности за последствия (автор принципиально не

⁴⁷ См. А. Я. Канторович. Война и исполнение обязательств. П., 1917, стр. 40.

⁴⁸ К. Адлер. Ответственность без вины в гражданском и уголовном праве. СПб., 1913. Взгляды К. Адлера нами уже излагались выше в связи с вопросом об объективной ответственности.

⁴⁹ К. Адлер. Цит. соч., стр. 13.

⁵⁰ К. Адлер. Цит. соч., стр. 16, 17. Никакой casus не в состоянии освободить от неустойки, указывал и известный буржуазный юрист Иеринг. (См. М. Я. Пергамент. Договорная неустойка и интерес. М., 1905, стр. 271 и далее).

отличает ответственность от возмещения) пустило глубокие корни в человеческом сердце⁵¹.

Таким образом, в правовой литературе мы встречаемся фактически с тремя точками зрения в отношении ответственности. Одни авторы признают лишь вину основанием ответственности, другие — допускают в порядке исключения также случаи ответственности без вины, наконец, третьи, которых в настоящее время становится все меньше, не считают вообще вину необходимым основанием ответственности, т. е. придерживаются принципа голого причинения, позиции объективной ответственности, о которой мы упоминали выше, в связи с изложением теории профессионального риска⁵².

Некоторые юристы полагают, что в отдельных случаях вообще не нужно субъективное основание ответственности, ведь смешно же считать таким основанием сам факт отсутствия вины, но иногда, причем довольно часто, употребляется и такое выражение: «ответственность за случай»⁵³. Вряд ли можно признать такое выражение удачным не только с правовой точки зрения, но и с точки зрения логики. Если под случаем понимать «субъективный случай», то получается, что основанием ответственности являются неосознанные противоправные действия и непредвиденный результат. Если же под случаем понимать «объективный случай», то получается, что ответственность следует за непредотвратимое обстоятельство, причем такой случай вообще, как категория объективная, не может быть положен в субъективное основание гражданско-правовой ответственности. Не случайно некоторые юристы высказывали мнение, что имеется наряду с виной и другое основание ответственности. Так, Х. И. Шварц

⁵¹ К. Адлер. Цит. соч., стр. 35—37.

⁵² О. А. Красавчиков (см. цит. работу, стр. 119—123) считает, что существует 4 концепции. Он разделяет вторую точку зрения на концепцию вины с исключениями и на концепцию двух начал: ответственность за вину и ответственность без вины. Но, во-первых, не трудно заметить, что приверженцы так называемой концепции двух начал допускают такую ответственность тоже только в исключительных случаях, а во-вторых, в ответственности без вины нет вообще какого-либо начала ответственности, ибо «ничто» не может быть основанием «чего-то». К приверженцам третьей концепции (автор называет ее концепцией «объективных моментов») он относит С. С. Алексеева, который ранее считал достаточным для ответственности лишь наличие объективной стороны.

⁵³ См., например, Б. С. Антимонов. К вопросу о понятии и значении причинной связи в гражданском праве. «Труды научной сессии ВИЮН», 1946, М., Юриздат, 1948, стр. 77. О принципе причинения в советском праве упоминает и Л. А. Лунц (См. И. Б. Новицкий, Л. А. Лунц, Цит. соч., стр. 324). Г. К. Матвеев (Основания гражданско-правовой ответственности, стр. 16) называет это ответственностью за субъективно-случайное причинение, но он также признает ответственность за объективно-случайное причинение — за последствия непреодолимой силы. В свое время М. Б. Горенберг указывал, что ответственность может быть основана либо на вине, либо на случае. (См. указанную статью в Юридической летописи за 1892 год, № 8—9, стр. 99).

В одном из своих выступлений признавал, что наряду с ответственностью за вину, есть и ответственность за вред, причиненный источником повышенной опасности⁵⁴. В заключительном слове на научной дискуссии на юридическом факультете ЛГУ, посвященной проблеме оснований ответственности в советском социалистическом праве, М. Д. Шаргородский сказал, что в гражданском праве существует ответственность без вины, поэтому ответственность там имеет другое основание чем вина⁵⁵. Конечно, нельзя понимать М. Д. Шаргородского будто в гражданском праве вина вообще не является основанием ответственности, но его предположение о наличии других (точнее и других) оснований такой ответственности верно. А. Н. Савицкая также приходит к выводу, что «вина — не единственное основание ответственности»⁵⁶. И. Д. Фондаминский, исследуя специальный вопрос об ответственности других лиц, указывает, что если признать, что ответственность юридического лица не обусловлена его виной, то она должна объясняться посредством иного принципа, нежели тот, на котором построена сейчас деликтная ответственность⁵⁷. Правда, автор не сторонник этого — иного принципа, и придерживается принципа вины и мы не собираемся здесь полемизировать с его точкой зрения в отношении ответственности юридического лица, но его мнение о том, что там, где отсутствует вина, ответственность должна строиться на ином принципе, нами разделяется. Но нельзя забывать, что вина это не только основание ответственности. И если мы говорим, что может быть, хотя и в порядке исключения, ответственность без вины, то имеется и вина, если можно так выразиться, «без ответственности». Это и вина кредитора, и вина потерпевшего⁵⁸.

Особое внимание всем этим вопросам уделил О. А. Красавчиков, который, как нам кажется, ближе всех подошел к раскрытию основания гражданско-правовой ответственности, в тех случаях, когда вина нарушителя отсутствует. Автор подчеркивает, что в нашем праве в качестве непоколебимого начала утвердился принцип вины, но на практике он применяется не всегда, а закон знает ряд исключений из этого принципа, с чем согласны и многие ученые. О. А. Красавчиков полагает, что ст. 90 Основ — это пробный камень для проверки существующих

⁵⁴ См. Х. И. Шварц. Выступление в прениях по содокладу М. М. Агаркова на 1-ой научной сессии ВИЮН. Труды сессии, М., 1940, стр. 327.

⁵⁵ См. М. Д. Шаргородский. Заключительное слово. «Вестник ЛГУ», № 9, 1951, стр. 99.

⁵⁶ А. Н. Савицкая. Цит. автореферат, стр. 47.

⁵⁷ См. И. Д. Фондаминский. Указ. диссертация, стр. 25.

⁵⁸ См. В. Тархов. Рецензия на работу Г. К. Матвеева. Вина в советском гражданском праве. «Советское государство и право», № 3, 1956, стр. 148.

⁵⁹ См. О. А. Красавчиков. Указ. работа, стр. 118. 128.

теорий ответственности, ибо бытующие объяснения начал возмещения вреда не удовлетворяют⁵⁹ и поиски теоретических конструкций нужно продолжить. Но сам автор занял вполне определенную позицию, считая, что ответственность наступает лишь при наличии вины и совершенно не верно называть ответственностью невиновное, случайное причинение, вызывающее возмещение ущерба. Восстановление имущественного положения и ответственность по юридико-фактическим основаниям возникновения и по юридической природе не тождественны⁶⁰.

О. А. Красавчиков делает вывод, что возмещение вреда или принятие его на себя это не форма гражданско-правовой ответственности и строятся они на началах риска⁶¹. В точке зрения автора есть безусловно рациональное зерно, с ним нужно полностью согласиться о том, что риск является началом, основанием возмещения (принятия на себя) убытков, но лишь в тех случаях, когда нельзя ставить вопрос об ответственности нарушителя. Но, как мы полагаем, О. А. Красавчиков не довел свою правильную мысль до логического конца, заняв черезчур категоричную позицию о применении ответственности в гражданском праве лишь при наличии вины, тем самым незаслуженно сузив поднятую им же на щит категорию «риска».

§ 12. Риск как одно из оснований (условий) гражданско-правовой ответственности и распределения убытков

Основание юридической ответственности есть совершение субъектом правонарушения или, когда это допускается законом, объективно противоправного деяния¹.

Г. К. Матвеев подчеркивает, что основанием ответственности являются как внешняя связь противоправного действия и результата, так и внутренняя обусловленность воли и действия². Выше мы указывали уже, что в качестве внешней связи гражданско-правовой ответственности, ее объективной стороны всегда выступает противоправность. Именно противоправность является

⁶⁰ См. О. А. Красавчиков. Указ. работа, стр. 137.

⁶¹ См. там же, стр. 142. Убедительность выводов автора признает и В. П. Шахматов. (См. цит. работу, стр. 101). Точку зрения О. А. Красавчикова в основном разделяет и Н. С. Малейн (см. Вина — необходимое условие имущественной ответственности, (см. 34), который утверждает, что ответственность означает юридическое осуждение только виновного поведения. Одним из активных сторонников риска как основания возложения обязанности возмещения вреда, возникшего при спасении социалистического имущества, является П. Р. Стависский. (См. Обязанность возмещения вреда по ст. 95 Основ гражданского законодательства. «Правоведение», 1971, № 5, стр. 72, 74, 75, 76). На интересных высказываниях автора мы еще остановимся в Особенной части при рассмотрении деликатного риска.

¹ См. *Общая теория советского права*. М., 1966, стр. 427. Выше мы высказали свое отношение к понятию «объективно противоправное деяние».

² См. Г. К. Матвеев. Вина в советском гражданском праве, стр. 77.

связующим звеном, которое соединяет действия нарушителя с ответственностью. При отсутствии противоправности не может быть и речи об ответственности субъекта³. «Противоправность деяний в любой отрасли права является основанием ответственности за общественно опасный результат,— указывают О. С. Иоффе и М. Д. Шаргородский,— ...отсутствие противоправности деяния исключает ответственность за результат. ...Правомерное деяние, повлекшее общественно опасные последствия, не может быть признано основанием ответственности и не может быть подвергнуто правовому порицанию»⁴. В. С. Константинова применительно к договорной ответственности заявляет, что основанием ее следует считать именно противоправное поведение участников договора⁵. Даже тогда, когда ставится под сомнение необходимость во всех случаях наличия некоторых других элементов, многие авторы выдвигают противоправность как необходимое основание гражданско-правовой ответственности⁶. Связывая ответственность с правонарушением, О. Э. Лейст видит правонарушение и в тех случаях, когда нет вины, но был запрет отклоняться от определенной нормы⁷. Наоборот, И. С. Самощенко полагает, что если нет вины, то ответственность следует не из факта совершения правонарушения, а из специальных юриди-

³ В. Тархов (цитир. соч., стр. 55) считает, что необходимым условием для возмещения вреда источником повышенной опасности при случае является противоправность, и в этом он вполне солидарен с О. С. Иоффе (см. Обязательства по возмещению вреда, ЛГУ, 1952, стр. 15), но авторы говорят не об ответственности, а об обязательстве возместить вред. А вот В. И. Кофман (цит. статья, стр. 69) считает, что противоправность не всегда нужно связывать с ответственностью. В качестве примера он ссылается на добросовестного приобретателя, который несмотря на противоправное получение вещи не несет ответственности, а лишь обязан эту вещь возвратить. Однако в данном случае противоправность приобретения вызвана только неправомерностью отчуждения (именно на это указывает законодатель), со стороны же приобретателя не было нарушения нормы права, иначе бы он превратился в приобретателя недобросовестного.

⁴ О. С. Иоффе, М. Д. Шаргородский. Вопросы теории права, М., 1961, стр. 335.

⁵ См. В. С. Константинова. Цит. статья, стр. 68. Автор вообще считает противоправность единственным основанием ответственности, а вред, вину и причинную связь — условиями. (См. цитир. автореферат, стр. 13). Для такого противопоставления этих категорий, как нам кажется, нет необходимости. Каждый из указанных элементов служит основанием для возложения ответственности, являясь условием ее применения. В. А. Рахмилович также отрицает ответственность при отсутствии противоправности. (См. Хозрасчет и имущественная ответственность органов хозяйственного управления, «Советское государство и право», № 10, 1968, стр. 108). Подчеркивают возможность применения мер ответственности только за ущерб, причиненный в результате противоправной деятельности, А. А. Пушкин, Г. М. Матвеев и В. А. Попов в рецензии на учебник «Советское гражданское право» под редакцией О. А. Красавчикова («Советское государство и право», № 3, 1970, стр. 144).

⁶ См. О. С. Иоффе. «Советское гражданское право», ч. 2. «ЛГУ», 1961, стр. 477; см. М. М. Тоболовская. Цит. диссерт., стр. 79.

⁷ См. О. Э. Лейст. Цит. соч., стр. 81, 85.

ческих оснований — только на объективных началах⁸. И. С. Самощенко не отрицает, что и в факте причинения случайного вреда источником повышенной опасности имеет место отступление от требований закона, т. е. противоправность, хотя и невиновная, а отсюда и ответственность его владельца, как санкция за эти неблагоприятные последствия, — противоправные действия. Автор приходит к выводу, что ответственность по ч. 2, ст. 101 Воздушного кодекса СССР вызвана именно тем, что непреодолимая сила случайно присоединяется к действиям людей, которые причиняют вред, иными словами, ответственность и в этом случае наступает за противоправные деяния⁹.

В другой своей работе автор подчеркивает, что «юридическая ответственность — это ответственность за общественно-вредные противоправные деяния»¹⁰. Мерой государственного принуждения, основанной на юридическом и общественном осуждении правонарушителя, называют ответственность О. С. Иоффе и М. Д. Шаргородский¹¹. Гражданско-правовая ответственность — это санкция за правонарушение, когда допускается нарушение, когда совершается противоправное деяние, применяется санкция, до сих пор существовавшая лишь в потенции¹². Б. Б. Черепашин подчеркивал, что для ответственности характерно наличие противоправности, хотя и рассматриваемой вне зависимости от наличия вины¹³.

Таким образом, можно с уверенностью сказать, что независимо от того, имеют ли место в конкретном случае виновные или невиновные действия нарушителя, вызвано ли причинение вреда либо неисполнение обязательства умышлено, неосторожностью нарушителя или произошло случайно, к нему может быть применена ответственность только тогда, когда он действовал неправомерно. И хотя Д. И. Бернштейн не очень точно определяет категорию правомочности, вывод он делает совершенно правильный: «Общим основанием для привлечения лица к ответственности является совершение лицом противоправного деяния»¹⁴. Но противоправность — это не только обязательное условие для привлечения к ответственности, она позволяет отделить случаи гражданско-правовой ответственности при отсутствии ви-

⁸ См. И. С. Самощенко. Цит. соч., стр. 17.

⁹ См. там же, стр. 18, 14.

¹⁰ И. С. Самощенко. К вопросу о причинности в области юридической ответственности. Сб. Вопросы общей теории советского права. М., 1960, стр. 347.

¹¹ См. О. С. Иоффе, М. Д. Шаргородский. Вопросы теории права, стр. 318. Это определение полностью поддерживает и В. П. Шахматов. (См. цит. работу, стр. 101).

¹² См. А. С. Пиголкин. Нормы советского социалистического права и их структура. «Вопросы общей теории советского права». М., 1960, стр. 150.

¹³ См. Б. Б. Черепашин. Исковая давность в новом советском гражданском законодательстве. «Актуальные вопросы советского гражданского права». М., Юриздат, 1964, стр. 92.

¹⁴ Д. И. Бернштейн. Цит. диссертация, стр. 160.

ны от случаев ответственности, а только возмещения (распределения) убытков.

Не всегда даже добровольное принятие на себя последствий случайно причиненного вреда является ответственностью¹⁵. В практике Верховного Суда СССР было дело Калюжного и Казария, допустивших недостачу соли. Калюжный и Казария знали о плохом состоянии вагона, но они также знали и о тяжелом положении хлебокомбината г. Нахичевани, который нуждался в соли и направил их за ней. Калюжный и Казария предвидели возможную значительную утрату соли, но у них не было иного пути, так как других вагонов не было. Они пошли на риск и их действия следует признать правомерными. От ответственности Калюжный и Казария были освобождены¹⁶.

В данном примере вред причинен далеко не случайно, но в то же время — правомерно, возможен и иной пример, когда вред будет причинен случайно, но зато неправомерно (источником повышенной опасности, профессиональным хранителем и т. п.). И только противоправность дает основание считать, что за совершенное действие следует ответственность.

Государство осуждает прежде всего и главным образом за противоправный поступок, хотя и не безразлично к тому, как относился нарушитель к допущенному им нарушению¹⁷. Ответственность применяется за нарушение правопорядка, независимо от того, что в действиях причинителя отсутствовала вина в любой ее форме, а правопорядок нарушается именно тогда, когда совершается противоправное действие. Поэтому вполне обоснованно закон в ряде случаев не связывает вопрос об ответственности с виной, но во всех случаях связывает его с противоправностью. Совершенно правильно указывают О. С. Иоффе и М. Д. Шаргородский, что отобрание вещи у добросовестного приобретателя не является ответственностью, поскольку в этом

¹⁵ См. О. А. Красавчиков. Цит. работа, стр. 177.

¹⁶ См. М. С. Гринберг. Момент оправданного риска в производственном процессе и его уголовно-правовое значение. «Советское государство и право», № 1, 1954, стр. 101.

¹⁷ О. С. Иоффе совершенно прав, говоря о том, что воспитательная функция ответственности применяется в первую очередь против виновных, что общественное осуждение проявляется в признании субъекта виновным (см. Обязательства по возмещению вреда. ЛГУ, 1952, стр. 30), но все же виновный проступок осуждается прежде всего из-за того, что он противоправен. Раскрывая понятие вины, А. А. Пионтковский указал, что умысел или неосторожность, т. е. вина выражается в опасном деянии и поэтому осуждается социалистическими законами и коммунистической ответственностью. (См. Учение о преступлении по советскому уголовному праву. М., 1961, стр. 312). Следовательно, вина, по мнению автора, встречает осуждение из-за характера совершаемого деяния. Г. К. Матвеев полагает, что момент оценки (осуждения) правонарушения проходит всегда двойную стадию: абстрактную (отрицательное отношение государства к противоправному действию в законе) и конкретную (оценка поведения данного лица с учетом его сознания и воли). При решении вопроса об ответственности оба эти момента принимаются во внимание. (См. указ. работу, стр. 172).

случае нет осуждения со стороны государства¹⁸. Здесь действительно нет противоправности; законодатель и не именует этот случай ответственностью (с. 45 ГК РСФСР). Гибель вещи у профессионального хранителя в результате непреодолимой силы, причинение вреда источником повышенной опасности, вызванное также непреодолимой силой, не являются противоправными действиями и не содержат осуждения государства и общества, поэтому в этих и в аналогичных случаях не применяется гражданско-правовая ответственность. О. С. Иоффе и М. Д. Шаргородский, продолжая ранее высказанную мысль, делают вывод: есть осуждение — ответственность, нет осуждения — налицо нечто другое. Это другое некоторые авторы считают возникновением долга, другие — обязанностью возместить ущерб.

Эти высказывания вполне справедливы, ибо объективным условием гражданско-правовой ответственности является противоправность, отклонение от нормы права, осуждаемое советским социалистическим государством и обществом независимо от наличия или даже отсутствия вины. Но мы опять считаем необходимым подчеркнуть, что ответственность независимо от вины — это исключение, допускаемое законом лишь в отдельных случаях¹⁹, при наличии ущерба и причинной связи между этим ущербом и действиями причинителя, причем, только действиями, ибо применение ущерба независимо от действий лица — не влечет ответственности. Означает ли это, однако, что ответственность в подобных случаях наступает независимо вообще от субъективной стороны — от психического отношения субъекта к своим действиям и их результату?²⁰

Ф. Энгельс указывает, что «человек только в том случае несет полную ответственность за свои поступки, если он совершил их, обладая полной свободой воли...»²¹ Свобода воли, сознание, позволяющие выбрать определенный вариант поведения являются тем стержнем, который пронизывает всю проблему юридической ответственности²², связанную с активностью воли, с целенаправленностью человеческих действий.

Во II главе работы мы указывали, что виной не исчерпывается субъективная сторона правонарушения, психическое отношение субъекта к своим действиям и их результату. К числу со-

¹⁸ См. О. С. Иоффе, М. Д. Шаргородский. Цит. работа, стр. 320.

¹⁹ Г. К. Матвеев верно подчеркивает, что общим принципом советского гражданского права является виновная ответственность. (См. Основания гражданско-правовой ответственности, стр. 15).

²⁰ Прав Г. К. Матвеев, указавший, что основанием гражданско-правовой ответственности является «... диалектическое единство его объективных и субъективных элементов». (Вина в советском гражданском праве, стр. 178).

²¹ К. Маркс и Ф. Энгельс. Сочинения, т. 21, Госполитиздат, 1961, стр. 82.

²² См. М. Х. Фарукшин. Цит. автореферат, стр. 4.

знательных, волевых актов относится и субъективный случай, но при casus'e мы сталкиваемся с пороком в сознании, выражающемся в неосознании и в невозможности осознания противоправности, в непредвидении и в невозможности предвидения последствий. Можно ли в этом случае говорить об ответственности, можно ли считать, что casus является субъективным основанием гражданско-правовой ответственности? Конечно, нет. Порок сознания, вынужденная пассивность воли, в которых никак нельзя упрекнуть субъекта, — не позволяют возложить на него ответственность только за факт противоправного поступка²³.

Среди процессов, происходящих в психике субъекта, как указано выше, мы встречаемся и с таким его отношением к действиям и их последствиям, которые находятся в орбите его сознания и воли и вместе с тем не являются ни виной, ни случаем, — это категория «риска».

Риск теснейшим образом связан и с гражданско-правовой ответственностью при совершении неправомερных действий, когда эти действия являются случайными, когда последствия не могут быть предотвращены.

При сочетании объективного условия — противоправности и субъективного условия вины или риска (при отсутствии вины и причинении случайного ущерба), при наличии причинной связи между действием и результатом наступает гражданско-правовая ответственность.

Таким образом, «риск» может наряду с виной являться субъективным основанием гражданско-правовой ответственности, а утверждения о возможности применения ответственности лишь при наличии одних объективных оснований — беспочвенны²⁴. С другой стороны, риск является основанием ответственности только при наличии противоправности, при отсутствии ее об ответственности не может быть и речи. Критикуя М. М. Агаркова, Б. С. Антимонов указывает, что он не доказал невозможность сочетания с общим началом ответственности за вину другого начала ответственности в специальных случаях, допуская ответственность и без вины, построенную на каком-либо новом принципе. Автор полагает, что М. М. Агарков в вопросе о применении ответственности

²³ Трудно, поэтому, согласиться с высказыванием И. С. Перетерского на защите кандидатской диссертации Х. И. Шварцем о том, что ответственность наступает при наличии вины и случая. (См. Вл. Р-ев. Значение вины в обязательствах из причинения вреда. «Советская юстиция», 1938, № 22, стр. 14.

²⁴ В. А. Гархов. (см. цит. статья, стр. 68), подчеркивая необходимость сочетания субъективного и объективного критериев оценки поведения ответственного лица, в то же время полагает, что вина должна считаться не основанием, а условием ответственности; принципиальной разницы мы здесь не видим. Категория «виновного риска» подлежит особому рассмотрению.

в случаях причинения вреда источником повышенной опасности не исключает возможности применения раскритикованной им «теории риска» в порядке исключения к этим случаям²⁵.

Это допущение М. М. Агарковым «риска» наряду с «виной» встречает решительный протест со стороны Б. С. Антимонова, но его точка зрения в этом вопросе опирается исключительно на понимании риска в смысле действительно чуждой нашему обществу теории «профессионального риска», о которой мы уже говорили в первой главе и которая не имеет ничего общего с пониманием риска только как субъективной категории. Правильно указывал В. Рассудовский на то, что объяснение ответственности без вины, в частности ответственности владельца источника повышенной опасности, должно быть дополнено и моментом риска. Но нельзя ни в коем случае согласиться с его утверждением, что риск это сознательно допускаемое обстоятельство, исключающее ответственность²⁶.

Предложенное Х. И. Шварцем основание ответственности владельца источника повышенной опасности не только умысел и неосторожность, но и предвидение общим образом, как вполне вероятное, возможности причинения вреда, — является ничем иным, как признанием риска (сознательное предвидение — допущение вероятного результата)²⁷. И при отсутствии вины можно все же говорить о неосмотрительном поведении²⁸. Действия субъекта создают определенные условия, конкретную возможность причинения вреда. Эта возможность превращается в действительность и именно в допущении такого превращения, являющегося результатом поведения, создающего общественную опасность, т. е. поведения противоправного, заключается риск — субъективное основание гражданско-правовой ответственности.

Риск как основание ответственности, причем в основном за причинение вреда, привлекает внимание буржуазной юриспруденции. Но буржуазные ученые связывают этот вопрос исключительно с категорией «профессионального риска» R. Savatier считал ответственность обязательством, возлагаемым в целях

²⁵ См. Б. С. Антимонов. Гражданская ответственность за вред, причиненный источником повышенной опасности. М., Госюриздат, 1952, стр. 25.

²⁶ См. В. Рассудовский. Вопрос об имущественном риске в гражданском праве. «Советская юстиция», № 18, 1963, стр. 13. Весьма неопределенно связал эти понятия и А. Л. Маковский, полагавший, что применение ответственности без вины объяснимо значительным риском (разрядка моя — В. О). случайного неисполнения обязательства. Там, где такого риска нет или он мало вероятен, нет смысла устанавливать такую повышенную ответственность. (См. Об основаниях ответственности за невыполнение государственного плана перевозок грузов, за простой морских судов и просрочку в доставке грузов морским путем. «Учен. зап. ВЮЗИ», вып. 9, М., Госюриздат, 1959, стр. 182, 183).

²⁷ См. В. Л. Рев. Цит. статья, стр. 13.

²⁸ См. Т. В. Церетели. Деликты создания опасности. «Советское государство и право», № 8, 1970, стр. 61.

возмещения ущерба от действия или бездействия субъекта или зависящих от него лиц (вещей), обязательством о принятии на себя последствий своей деятельности²⁹.

Проблема вины и риска как оснований гражданской ответственности, пожалуй, одна из главных в исследовании этого института в капиталистических странах, причем, в некоторых областях риск берет верх³⁰.

Интересно отметить, что приверженцы теории риска даже сам «риск» оставляют за кулисами. Многие из этих юристов разрушают все здание ответственности, вообще отрицая ее существование, но ничего нового взамен низвергаемого института они не предлагают³¹.

В буржуазном обязательственном праве в ряде случаев риск связывается с ответственностью и при неисполнении договоров, не зависящем от воли должника. Подобная ответственность, как утверждает С. К. Май, «как бы страхует арендатора от риска неисполнения обязательства»³². Отсюда гражданское право ряда стран (например, Англии, США) совсем считает необязательным для применения ответственности наличие вины. Правда, от ответственности часто освобождают не только при непреодолимой силе, но и при случае и даже «неудаче».

М. М. Агарков, обратившись к вопросу об ответственности без вины в праве буржуазных государств, уделяет определенное внимание идее риска, применительно к некоторым случаям ответственности в советском праве. Этот вопрос возникает прежде всего, когда речь идет об ответственности за чужую вину, в частности за вину представителя. Автор весьма относительно принимает эту теорию, которая, по его мнению, должна отвергнуть принцип вины, с чем, конечно, ни в коей мере нельзя согласиться. Поскольку риск должен нести тот, кто его создал или в чьих интересах совершается деятельность, либо тот, кто может его уменьшить или устранить, по мнению М. М. Агаркова, лишь с большой натяжкой можно говорить, что риск виновных действий исполнителя создан должником, а правильнее считать, что риск создан обеими сторонами, которые заключили договор³³. Однако далее автор допускает, что при регрессе может возникнуть вопрос об особом риске в случае фактической не-

²⁹ R. Savatier. Traité de la responsabilité civile en droit français. Paris, 1939, v I, p. I, 358. Об ответственности при риске жертвы см. Henri Lalou. Traité pratique de la responsabilité civile. Paris, 1955, p. 270. О риске и деликтной ответственности см. также René Demogue. Obligations et contrats spéciaux. "Revue trimestrielle de droit civil". Paris, 1933, p. 465.

³⁰ См. Henri et Léon Mazeaud, Andre Tunc. Traite théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, т. I, Paris, 1957, p. 420.

³¹ См. там же, стр. 425.

³² С. К. Май. Очерк общей части буржуазного обязательственного права. М., Внешторгиздат, 1953, стр. 126; См. по этому вопросу также Ю. Г. Матвеев. Современное англо-американское право о виновной и невиновной деликтной ответственности. «Труды ВЮЗИ», т. XI, М., 1967, стр. 80.

платежеспособности или ограниченной ответственности. Здесь принцип вины сталкивается с другим началом, который и ограничивает его; риск неплатежеспособности исполнителя несет его кредитор — должник по основному обязательству. М. М. Агарков делает категорический вывод, что лишь в таком смысле для объяснения данного института должна быть привлечена идея несения риска, но не ответственности за риск³⁴.

Автор так или иначе сталкивается с категорией риска, но подходит к ней в высшей степени осторожно. М. М. Агарков не прав, когда даже ставит вопрос о возможности какой-то «ответственности за риск». Это абсолютно неверно так же, как сказать «ответственность за вину», хотя нечто похожее употребляется («ответственность за чужую вину» и т. п.). Вина — это одно из оснований ответственности, поэтому можно говорить об ответственности за определенное нарушение при наличии вины. В этом смысле, можно говорить и об ответственности, одним из оснований которой является риск. Но все дело в том, что М. М. Агарков совсем в ином аспекте понимает эту правовую категорию. Отрицательно относится к ответственности за невиновное нарушение с позиции «риска» и Н. С. Малейн, считая, что эта теория не согласуется со ст. 91 Основ и ст. 460 ГК. Ответственность владельца источника повышенной опасности, по его мнению, всегда ограничена виной, ибо иначе ответственность применялась бы и при непреодолимой силе, но закон определяет иначе, а сторонники «теории риска» никаких предложений не выдвигают³⁵. Риска «источника повышенной опасности» действительно нет, а есть вообще риск, как субъективная категория. Не отрицается применение категории риска и при непреодолимой силе, но только, как правило, не как основание ответственности, поскольку кроме одного случая воздушной перевозки при непреодолимой силе отсутствует как противоправность, так и связь ущерба с действиями нарушителя. При обыкновенном объективном случае обычно налицо связь результата с действиями субъекта, а при некоторых обстоятельствах, как отмечалось выше, имеется и наличие противоправности. Так, при пользовании средствами, представляющими повышенную опасность для окружающих, закон возлагает на их владельцев обязанность считаться и с малой вероятностью возможного вреда, отсюда возложение ответственности не просто за случай, а за причинение допустимого, даже маловероятного вреда³⁶,

³³ См. М. М. Агарков. К вопросу о договорной ответственности. Сб. Вопросы советского гражданского права. М., Изд-во АН СССР, 1946, стр. 127—129.

³⁴ См. М. М. Агарков. Там же, стр. 130.

³⁵ См. Н. С. Малейн. Возмещение вреда, причиненного личности. М., Госюриздат, 1965, стр. 43, 44.

³⁶ См. Я. М. Магазинер. Советское хозяйственное право. Л., 1928, стр. 363. С точкой зрения автора о том, что здесь вред от случая превращается во вред от неосторожности, согласиться никак нельзя.

который в принципе предотвратить возможно, хотя для данного субъекта и при данных обстоятельствах это исключено.

Я. М. Магазинер полагает, что если опасность — это возможность вреда, то повышенная опасность (речь идет об источнике повышенной опасности) — это повышенная возможность вреда, поэтому тот, кто эксплуатирует такой источник, отвечает за риск, которому он шел навстречу, организуя свое предприятие и учитывая заранее возмещение вреда, который он, по всей вероятности причинит»³⁷.

М. М. Тоболовская идет даже дальше, считая, что должник должен нести риск любых случайностей, которые возникают в организованной им хозяйственной сфере³⁸. Критику этой точки зрения, приводящей к сужению принципа вины, дал О. С. Иоффе³⁹. Необходимо, по нашему мнению, указать, что такой общий вывод, который делает М. М. Тоболовская, допускает по существу, смешение категории ответственности с категорией распределения убытков, что, естественно, вызывает самые решительные возражения. Остановливаясь на случаях безвиновной ответственности, не гнушается термином «риск» и Г. К. Матвеев. Так, в частности, он указывает, что вполне оправдана повышенная ответственность просрочившего должника, тогда как отнесение «случайного» риска, наступившего после просрочки, на кредитора, было бы несправедливым⁴⁰. Автор называет в данном случае риск «случайным», но такая терминология ничего общего не имеет с действительным содержанием риска, который зачастую связан именно со случаем. При просрочке же допустим как раз «виновный риск», когда сама просрочка может быть поставлена в вину должнику, а ущерб произошел от случайных обстоятельств.

Г. К. Матвеев отрицательно относится к категории риска, не только как к основанию ответственности, но и как к основанию (форме, способу) возмещения вреда. Это видно из написанной им в соавторстве рецензии на монографию О. А. Красавчикова «Возмещение вреда, причиненного источником повышенной опасности». Авторы рецензии отмечают, что нельзя сочетать 2 начала: ответственность и систему риска (правильней сказать «и возмещение ущерба») в одной ст. 90 Основ, ибо суть вопроса заключается именно в том, что функционирование определенных предметов создает повышенную опасность для окружающих⁴¹. С этой точкой зрения трудно не согласиться. Действительно, нельзя «впрячь в одну телегу коня и трепетную лань», — нельзя в одном и том же случае говорить об ответственности и не об ответственности, но, в тоже время, нельзя и

³⁷ См. там же, стр. 368.

³⁸ См. М. М. Тоболовская. Указ. диссертация, стр. 156.

³⁹ О. С. Иоффе. Цит. работа, стр. 174.

⁴⁰ См. Г. К. Матвеев. Вина в советском гражданском праве, стр. 113.

согласиться с авторами, стоящими на позиции ответственности без вины, ответственности без субъективного основания. Авторы рецензии высказывают мнение, что риск или система риска не является способом (формой) возмещения вреда, в том числе и возникшего случайно, а таким способом является либо исполнение обязательства, либо ответственность. С их точки зрения «понятия «риска» и «ответственности» находятся в различных плоскостях и поэтому не могут сопоставляться друг с другом или исключать друг друга»⁴². Верно то, что риск — это не способ и не форма возмещения вреда, а только основание для такого возмещения. Возмещение вреда действительно является либо ответственностью, либо дополнительной обязанностью исполнителя (выражение «исполнение обязательства» не точно, ибо обязанность возместить ущерб возникает зачастую при нарушении исполнения). Но совершенно очевидно, что авторы рецензии находятся на неправильной позиции, полагая, что риск и ответственность это несовместимые категории, хотя, конечно, они ни в коей мере не могут отождествляться.

Критикует выдвинутую О. А. Красавчиковым идею риска для объяснения фактов безвиновной ответственности и А. А. Собчак. Автор считает, что случайный вред должен возлагаться всегда на тех, в чьей имущественной сфере он наступил (риск случайной утраты материального блага), а если согласиться с О. А. Красавчиковым, то случайный вред должен возлагаться на того, кто его причинил, потому что на него возлагается специальный риск — несение по закону обязанности принять невыгодные последствия при случайных обстоятельствах; такая замена терминов «ответственность» на «специальный риск» ничего не объясняет.

А. А. Собчак обосновывает свою позицию тем, что риск и ответственность без вины применяются по закону в различных случаях: риск охватывает лишь принятие на себя случайного вреда, наступившего у обладателя блага, при ответственности без вины предполагается возмещение случайного вреда, возникшего у другого. Кроме того, при риске вред падает и при непреодолимой силе, что исключается при ответственности без вины. Автор полагает, что при риске центр тяжести переносится из плоскости причинения вреда в плоскость возмещения вреда, а основной недостаток этой концепции в том, что правовые явления рассматриваются вне воздействия их на поведение людей, что смыкается с точкой зрения тех, кто рассматривает обязанность возмещения случайного вреда как какую-то плату за моторизацию и сближает эту концепцию с бытующей во многих

⁴¹ См. Г. К. Матвеев, В. С. Шелестов, А. А. Сергиенко. Новое исследование деликтных обязательств. «Советское государство и право», № 5, 1967, стр. 155.

⁴² См. Г. К. Матвеев, В. С. Шелестов, А. А. Сергиенко. Цит. рецензия, стр. 155.

странах Запада теорией риска — страхованием гражданской ответственности, при которой возмещение производится с учетом риска обеих сторон деликтного обязательства⁴³.

Прежде всего, никак нельзя согласиться с утверждением, что законодатель ограничивает сферу применения категории риска лишь двумя случаями ст. ст. 138, 350, 357 и 363 ГК РСФСР. Как мы указывали выше и расскажем в Особенной части, законодатель, безусловно, подразумевает риск в целом ряде других случаев. По той же причине нельзя согласиться и с обязательным ограничением риска лишь возложением невыгодных последствий на того, в чьей имущественной сфере произошел случай. Точка зрения автора о центре тяжести риска, об отсутствии его воздействия на поведение людей явилась бы верной, если понимать риск только как основание возложения убытков, но риск является также субъективным основанием ответственности, поэтому недопустимо делать никакого знака равенства между таким пониманием этой категории и страхованием гражданской ответственности. В то же время нельзя не согласиться с автором, что само по себе введение идеи риска ничего не объясняет и не позволяет заменить понятие «ответственность» понятием «риск». Ответственность на началах риска не ограничивается только сферой причинения вреда. Например, В. К. Рейхер полагает, что принцип риска с полной эффективностью может быть применен к случаям невозможности изъятия имущества в натуре при признании сделки противозаконной. Правда, автор иначе понимает эту категорию, говоря о несении риска такой невозможности⁴⁴.

Таким образом, мы приходим к выводу, что риск является основанием ответственности при случайных, но противоправных обстоятельствах, связанных с действиями причинителя вреда, в отношении которого презюмируется допущение им возможности таких последствий.

Но в то же время риск является и основанием возложения (принятия, распределения) убытков, в том случае, когда нет противоправности при объективно случайных или объективно невозможных обстоятельствах или когда убыток допущен правомерными действиями субъекта.

Правильно отмечает Н. С. Маленин, что ответственность вовсе не единственная форма возмещения вреда, которая имеет различные начала, в том числе и систему риска⁴⁵, но нельзя согла-

⁴³ См. А. А. Собчак. Цит. статья, стр. 56, 57.

⁴⁴ См. В. К. Райхер. Об особом виде противозаконных сделок. «Актуальные вопросы советского гражданского права», М., Юриздат, 1964, стр. 68.

⁴⁵ См. Н. С. Маленин. Вина — необходимое условие имущественной ответственности, стр. 33.

ситься с ним, что единственным субъективным основанием ответственности является вина. Нужно разграничивать не ответственность и риск, как это делает автор⁴⁶, а риск и вину, ответственность и обязанность. При этом отрицательную общественную оценку получает не риск, а противоправное действие. Н. С. Малеин безусловно прав, обращая внимание на различные цели и функции при компенсации вреда и при ответственности. Конечно, при причинении объективно случайного вреда субъективное отношение к нему причинителя отличается от отношения субъекта к вреду, который мог быть предотвращен, поэтому с предложением автора о дифференциации имущественных последствий следует согласиться, тем более, что при риске мы далеко не всегда сталкиваемся с категорией ответственности.

Идея распределения убытков имеет свою предисторию в буржуазном праве и связывается главным образом с экономическими соображениями несения «справедливых» расходов. На этом строится и принцип так называемого разложения вреда, институт буржуазного страхования ответственности: случайный вред гибелен, если падает на одного, а разложенный на массу — не чувствителен⁴⁷. Эта идея распределения ущерба вытесняет принцип вины, хотя некоторые юристы и говорили о наличии какой-то объективной вины, что по мнению Л. А. Лунца является ничем иным, как *contraditio in adjecto*, извращением самого понятия вины, которая «всегда субъективна, всегда рекуррирует к определенному субъекту»⁴⁸. Необходимо добавить: связана с его сознанием и его волей. Автор далее указывает, что буржуазная юриспруденция придерживается следующего взгляда: «там, где нет ответственности в силу вины, может возникнуть вопрос о распределении ущерба. Распределение ущерба и момент вины — два равноправных начала гражданскоправовой ответственности ... Это принцип экономической целесообразности и социальной справедливости»⁴⁹. Прежде всего, нужно отметить, что вина как момент субъективный не может иметь ничего общего с распределением ущерба, во вторых, — это ничто иное, как попытка примирить виновную и безвиновную ответственность на началах «целесообразности» и буржуазной «справедливости», что в конечном итоге всегда является удобным и выгодным господствующему классу капиталистов.

В качестве обоснования распределения убытков встречается и идея гарантии (принятие обязательства, гарантирующего оп-

⁴⁶ См. там же, стр. 34, 35.

⁴⁷ См. И. А. Покровский. Основные проблемы гражданского права. Петр., 1917, стр. 290, 291.

⁴⁸ См. Л. Лунц. О влиянии изменений экономической конъюнктуры на обязательства частного права. Материалы НКЮ, вып. XV, М., 1922, стр. 57.

⁴⁹ См. там же.

ределенный риск), на которую указывает Paul Esmein (l'obligation de garantir un risque)⁵⁰.

Иногда распределением убытков старались просто завуалировать ответственность. Как утверждал К. Адлер, некоторые весьма остроумные юристы старались утешить вредителя различием между понятиями возмещения убытков и наказанием⁵¹. Но и среди буржуазных ученых иногда делается весьма определенное разграничение между ответственностью и обязанностью принять невыгодные последствия. Так, Henri Capitant считает, что нести риск — это значит быть обязанным выполнить свои обязательства при неполучении встречного удовлетворения по причине обстоятельств непреодолимой силы⁵². Rene Demogue полагает, что признание риска допустимо там, где может иметь место оговорка о неприменении ответственности⁵³.

В большинстве же случаев в буржуазном праве нет четкого разграничения между ответственностью и взысканием ущерба не в виде ответственности в тех случаях, когда в основу их положен риск, дающий основание применить принцип причинения, без всякой оценки психического отношения лица к действиям и к их результату. Речь, с точки зрения буржуазной юриспруденции, идет лишь о том, кто из двух должен нести риск: тот, кто совершил, или тот, кто оказался жертвой действия. В этом и заключается смысл несения ущерба, платы за риск⁵⁴.

А. Г. Зейц показал эту теснейшую связь категории риска с убытками, изложив теорию Titze. Он указывал, что договорный риск означает обременение стороны хозяйственно-невыгодными последствиями при изменении обстоятельств, причем, если риск падает на одну из сторон, она должна исполнить договор, даже если для нее это убыточно. Каждой сделке присущ соответствующий ее природе риск (при безвозмездных договорах риск меньше, чем в возмездных и т. п.), и поскольку до войны нельзя было предусмотреть значительных хозяйственных потрясений, нельзя было считать, что риск принимался стороной⁵⁵. Не трудно увидеть во всех этих рассуждениях явную озабоченность судьбой капиталистического оборота, соображения защиты частной собственности при изменении рыночной конъюнктуры.

Советскому гражданскому праву чужд подобный «конъюнк-

⁵⁰ См. P. Esmein. Le fondement de la responsabilité contractuelle rapprochée de la responsabilité delictuelle „Revue trimestrielle de droit civil“, Paris, 1933, p. 692.

⁵¹ См. К. Адлер, указ. работа, стр. 26.

⁵² См. H. Capitant. De la cause des obligations. Paris, 1927, p. 288.

⁵³ См. R. Demogue. Obligations et cotrats spéciaux. „Revue trimestrielle de droit civil“, Paris, 1933, p. 466.

⁵⁴ См. Я. А. Канторович. Указ. работа, стр. 12.

⁵⁵ См. А. Г. Зейц. Влияние изменившихся обстоятельств на силу договоров, Иркутск, 1928 (цитируется работа Титце 1921 года „Richtermacht und vertragshalt“).

турный» подход в вопросе распределения случайных убытков, отнесения на субъектов невыгодных последствий, происшедших в результате объективного случая, непреодолимой силы, невиновной (объективной) невозможности исполнения и правомерных действий.

Прежде всего, советское гражданское право исходит из необходимости гарантировать интересы потерпевшего, но в ряде случаев (крайняя необходимость, необходимая оборона, правомерный производственный риск и т. п.) оно не может игнорировать и интересов причинителя. При отсутствии правонарушения законодатель применяет не санкцию, а лишь решает вопрос о распределении ущерба, возникшего без вины субъектов⁵⁶. В правовой литературе нет единого мнения по вопросу о понятии ответственности, и, в частности, по-разному авторы подходят к вопросу, следует ли все случаи возникновения обязанности возместить ущерб относить к ответственности, или лишь те обязательства, которые «являются правовой реакцией на упречное проведение самого ответственного лица или иных лиц, за которых оно отвечает...»⁵⁷. Именно такого — последнего мнения придерживается О. С. Иоффе⁵⁸. В рецензии на его монографию Р. О. Халфина указала, что ответственность — это не только наказание, но и способ справедливого распределения ущерба при отсутствии общественного осуждения. В подтверждение своей точки зрения Р. О. Халфина ссылается на ответственность в состоянии крайней необходимости, при которой за причиненный ущерб человек не заслуживает никакого общественного осуждения⁵⁹. С последней точкой зрения нельзя согласиться. Ответственность — это всегда наказание за противоправное, а следовательно осуждаемое государством и обществом действие. Конечно, она может выражаться в различных формах, в том числе и в виде взыскания убытков, но ответственность не может быть способом распределения убытков при отсутствии противоправности.

Высказывается мнение, что взыскание ущерба, причиненного в состоянии крайней необходимости, соответствует нормам социалистической морали, ибо поведение потерпевшего так же правомерно, как и поведение причинителя, однако здесь имеет место не ответственность за причинение вреда, а ответственность за возмещение вреда, поскольку отказ от такого возмещения должен быть признан неправомерным⁶⁰. С этой точкой зрения вряд ли можно согласиться полностью. Ответственность возни-

⁵⁶ См. О. Э. Лейст. Указ. работа, стр. 92.

⁵⁷ В. А. Рахмилович. О противоправности как основании гражданской ответственности. «Советское государство и право», № 3, 1964, стр. 62.

⁵⁸ См. О. С. Иоффе. Указ. работа, стр. 17.

⁵⁹ См. Р. О. Халфина. Указ. рецензия, стр. 135, 136.

⁶⁰ См. В. А. Тархов. Основания ответственности по советскому гражданскому праву, стр. 62.

кает в связи с совершением противоправных действий, приведших к отрицательному результату. Это мы имеем в виду, когда говорим об ответственности за причинение вреда, за невыполнение обязательства, а не об ответственности за отказ от возмещения убытков или от оплаты штрафных санкций.

Рассматривая крайнюю необходимость, нужно отметить, что если не было реальной опасности, если были другие пути для предотвращения вреда, наконец, если причиненный вред больше, чем угрожаемый, — действия субъекта нельзя признать правомерными, так же как нельзя признать правомерными действия при необходимой обороне в случае превышения ее пределов⁶¹.

Если вред причинен правомерными действиями или объективно-случайными (не противоправными) действиями либо событиями, есть различные способы его возмещения: ущерб остается на самих потерпевших, возлагается на причинителя, относится за счет государства и т. п.⁶². Но во всех этих случаях субъективным основанием такого возмещения является риск — допущение этих последствий субъектами, либо то, что они должны были их допускать.

По иску одной из торгово-сбытовых баз г. Москвы ко 2-му району Мосводопровода о взыскании убытков в 5022 рубля было установлено, что 6 августа 1967 г. во дворе дома № 65 по ул. Гиляровского произошла авария водопровода. Авария эта была непредвидена и непредотвратима, так как трубы были уложены на глубине 3 м и для осмотра и профилактики они были недоступны. Арбитраж в иске отказал⁶³. Обе стороны в данном случае рисковали, допуская возможный прорыв находящихся в длительной эксплуатации труб.

О. А. Красавчиков указывает, что в том случае, когда отсутствует виновник, «не повиснут в воздухе» имущественные последствия, они опустятся на плечи определенного лица. Воз-

⁶¹ По смыслу ст. 448 ГК РСФСР превышение пределов необходимой обороны придает ей противоправный характер и допускает ответственность, но не исключает самого состояния необходимой обороны. То же, видимо, следует сказать и о некоторых случаях крайней необходимости. Нужно указать, что многие авторы не связывают крайнюю необходимость, как таковую, с наличием или отсутствием всех присущих ей черт, а говорят об условиях правомерности крайней необходимости. (См. по этому вопросу: И. И. Слуцкий и др. Обстоятельства, исключающие уголовную ответственность. ЛГУ, 1956, стр. 100; Н. Н. Паше-Озерский. Необходимая оборона и крайняя необходимость. М., 1962, стр. 152, 153 и особенно С. А. Домахи и др. Крайняя необходимость по уголовному праву. М., 1955, стр. 19—21; 44, 45).

⁶² См. Г. К. Матвеев. Вина в советском гражданском праве, стр. 119. В этих случаях мы говорим о праввосстановительных мерах. (См. М. Х. Фарукшин. Вопросы общей теории юридической ответственности, «Правоведение», № 4, 1969, стр. 34).

⁶³ См. дело Госарбитража при Совете Министров РСФСР, № 94/11 за 1968 г.

можно это будет Госстрах, но возможно собственник, который не осуществлял страхования⁶⁴.

В этом О. А. Красавчиков безусловно прав, прав он, указывая, что возмещение ущерба производится на началах риска, следует согласиться и с его утверждением, что «возмещение вреда или принятие его на себя на началах несения риска не является формой гражданско-правовой ответственности»⁶⁵. Это не форма, а основание ответственности. Мы не можем, однако, согласиться с точкой зрения автора, вообще исключаящего ответственность при отсутствии вины, считающего, что в этих случаях имеет место лишь обязанность возмещения убытков. Не можем мы согласиться и с его пониманием риска, как обязанности «принять на себя» могущие наступить убытки в силу случайных причин⁶⁶, т. е. с непризнанием субъективного характера этого правового понятия.

Конечно, заголовок и содержание нормы могут не совпадать. Но допускаемое указание на несоответствие названия («ответственность») содержанию ст. 90 Основ не убедительно, ибо ответственность в этом случае как раз применяется, но на основании риска⁶⁷.

Необходимо отметить, что речь идет вообще о неблагоприятных (отрицательных) последствиях, которые допускаются рискующим субъектом. Такие последствия шире убытков.

Особое, промежуточное место между ответственностью на началах риска и распределением убытков на тех же началах занимают случаи так называемой ответственности «за чужую вину», о чем мы уже говорили. В правовой литературе такой вид ответственности, как ответственности за действия другого виновного лица — непосредственного причинителя, подробно был разобран М. М. Агарковым, считавшим, что в данном случае имеется юридико-технический способ возложения ответственности в конечном счете на действительного виновника⁶⁸. Позиция М. М. Агаркова нами частично излагалась выше. Эта точка зрения поддерживается многими учеными, считающими, что она позволяет придерживаться принципа вины, хотя и с некоторыми

⁶⁴ См. О. А. Красавчиков. Цит. работа, стр. 142. На сочетание различных способов при решении вопроса о безвиновном и случайном причинении вреда указывает Г. К. Матвеев (Основания гражданско-правовой ответственности, стр. 17).

⁶⁵ См. О. А. Красавчиков. Цит. работа, стр. 142.

⁶⁶ См. там же, стр. 145, 150.

⁶⁷ На несоответствие этого термина указали также О. С. Иоффе и М. Д. Шаргородский (см. цит. работу, стр. 318), показавшие несостоятельность употребления слова «ответственность» к суммам, выплачиваемым Госстрахом или потерям собственника, вызванных случайной гибелью вещи, который вообще не может отвечать сам перед собой. В обоих этих случаях авторы видят «распределение риска». Несостоятельность названия указанных и некоторых других норм отмечает и Н. С. Малейн. (См. Вина — необходимое условие имущественной ответственности, стр. 32).

⁶⁸ См. М. М. Агарков. Указ. работа, стр. 124 и др.

ограничениями⁶⁹. Но совершенно правильно указывает Н. С. Малейн, что нельзя рассматривать вину вне субъекта, что «чужая вина» — это возложение обязанности, но не субъективное основание ответственности⁷⁰. Автор справедливо отмечает, что арбитражная практика идет по пути возложения ответственности на хозорганы, которые не в состоянии были выполнить свои обязательства из-за невыполнения в свою очередь обязательств их контрагентами по другим договорам (недопоставка сырья, комплектующих деталей и т. п.), причем вина этих контрагентов далеко не всегда устанавливается в одном процессе. Подобная практика противоречит ст. 37 Основ, является явным отклонением от принципа вины и не может быть оправдана никакими соображениями «принципиальной недопустимости» освобождения хозорганов от ответственности за неисполнение обязательств по вине их контрагентов, отсутствием стимула к взысканию санкций, особой охраной интересов потерпевшего и другими аналогичными мотивами⁷¹.

Н. С. Малейн полагает, что если вообще отсутствует чья-либо вина в возникших убытках, следует стать на путь их распределения путем применения принципа локализации, «модели ответственности», метода возмещения и метода страхования⁷².

Нельзя не согласиться с мнением автора о том, что имущественная ответственность и распределение случайных убытков — это различные правовые институты, но ни в коей мере нельзя согласиться с его утверждением о том, что «категория риска» как начало обязанности по возмещению убытков присуща в большей степени отношениям с участием граждан, но не отношениям между хозорганами»⁷³.

Полагаем, что именно в отношениях между хозорганами, о которых идет речь, наиболее ярко проявляется категория «риска». Заключая договор с покупателем, поставщик допускает возможность невыполнения им своих обязательств по вине других лиц; возможность неполучения того, что следует по договору, причем непреодолимого поставщиком, допускает и покупатель. Налицо обоюдный риск. Именно это допущение — риск является субъективным основанием для возложения (распределения) материальных потерь.

⁶⁹ Авторы приведенной выше работы «Стимулирование исполнения хозяйственных договоров» даже полагают, что нельзя вообще противопоставлять ответственность за свою вину ответственности за чужую вину, поскольку и в том, и в другом случае налицо стимулирующая функция ответственности. (см. стр. 63, 64).

⁷⁰ См. Н. С. Малейн. Имущественная ответственность в хозяйственных отношениях. М., Изд-во «Наука», 1968, стр. 29, 30.

⁷¹ См. там же, стр. 33—37.

⁷² См. там же, стр. 44—46.

⁷³ См. там же.

⁷³ Там же, стр. 27.

В подобных случаях мы встречаемся с понятием риска сложного состава: хозорган-должник рискует иногда дважды. Первоначальный его риск выражается, как мы уже указали, в допущении отрицательных последствий, вызванных не его виной, а виной его контрагентов — третьих лиц. Это безусловно риск, поскольку невыполнение данным субъектом обязательств вызвано объективно-случайными обстоятельствами, которые им не могли быть преодолены и предотвращены. Но это еще не окончательный риск, поскольку не исключена возможность регрессного требования к виновному контрагенту⁷⁴. Только в том случае, когда в конкретной цепи хозяйственных связей не окажется виновного субъекта, можно говорить об окончательном риске хозоргана-должника, если при этом убытки согласно положения об их распределении (локализации и т. п.) падают на него, а не на кредитора, как это бывает в большинстве случаев. Конечно, если с самого начала известно, что виновник вообще отсутствует, если это практически возможно установить, не прибегая к регрессу — в одном процессе, отпадает надобность в расчленении риска и сразу все становится на свои места, но ведь далеко не всегда это возможно⁷⁵. И тогда приходится прибегать к этой сложной, несколько вычурной схеме, согласно которой первоначальный риск является субъективным основанием возложения на должника имущественных затрат в виде ответственности, подлежащей применению к действительному виновнику нарушения обязательства. Если такого виновника не окажется, то налицо будет окончательный риск, являющийся уже основанием распределения потерь между обоими рискующими субъектами.

Таким образом, при первоначальном риске нет речи ни о распределении потерь, ни об ответственности, применяемой к данному должнику. Здесь имеет место не распределение, а взыскание определенных сумм, но они, в то же время, представляют собой ни что иное, как меры ответственности (неустойка, убытки и т. г.), подлежащие в порядке регресса или по прямому иски должника применению к действительному виновнику. При кажущейся сложности, данная схема позволяет не прибегать к категории «модель ответственности», не допускает отказа от санкций к действительному виновнику, если не виновен хозорган-должник; не предлагает распределять потери, пока еще не выяснено, что нет окончательного виновника и, кроме того, не требует изменения установленного и правильного наимено-

⁷⁴ См. И. С. Самощенко, М. Х. Фарукшин. Ответственность по советскому законодательству. М., «Юридическая литература», 1971, стр. 147.

⁷⁵ См. Ф. Л. Рабинович. Вина как основание договорной ответственности социалистического предприятия. «Советское государство и право», № 6, 1966, стр. 34. См. В. А. Язев. Промышленность и торговля. М., «Юридическая литература», 1970, стр. 190 и далее.

вания «ответственность», которая на самом деле и является таковой, хотя и применяется не к данному субъекту, а к виновному участнику цепочки конкретных хозяйственных отношений.

Практика идет по пути взысканий санкций с невиновного хозоргана-должника, если не доказано отсутствие вины в действиях его контрагентов, причем, даже в тех случаях, когда хозорган-кредитор не понес убытки. С такой практикой следует согласиться ибо цель санкций, задача ответственности не только компенсационная, а презумпция вины третьих лиц, которая может быть опровергнута в конкретном случае, позволяет наказать виновника, если это нельзя сделать в первоначальном — (едином) процессе⁷⁶, и если хозорган-должник будет строго придерживаться принципа неотвратимости наказания и не примет по своей воле потери на себя. Но тогда он уже превратится из рискующего субъекта в субъекта виновного, виновного в том, что сознательно стал на путь либерализма, никак не способствующего выполнению договорных обязательств.

* * *

В настоящей главе невозможно охарактеризовать все случаи возложения ответственности, неблагоприятных последствий, распределения убытков на началах риска. Случаи эти многообразны; нет и единого принципа для отнесения ущерба на того или иного субъекта, и в этом — много разнообразия и специфики⁷⁷. В раскрытии их и заключается наша задача. Но необходимо еще раз подчеркнуть, что нельзя всякое действие, содержащее вероятность наступления вредного последствия, считать поведением, влекущим за собой ответственность. Если бы это было так, нам следовало бы воздержаться от любого, даже полезного действия, опасаясь, что оно в какой-либо комбинации обстоятельств может создать угрозу причинения вреда. Была бы полная пассивность и никчемная деятельность, «не было бы открытий, развития науки и техники, если бы общество не допускало определенного риска, не шло бы на некоторые жертвы во имя более высоких задач, с которыми связан дальнейший прогресс человечества»⁷⁸.

⁷⁶ Г. К. Матвеев указывает, что необходимо остановиться на естественно-разумном звене цепочки, а это позволяет определить разграничение существенных (необходимых) и случайных (привходящих) причинных связей. (См. Основание гражданско-правовой ответственности, стр. 67).

⁷⁷ См. Н. С. Маленин. Вина — необходимое условие имущественной ответственности, стр. 33.

⁷⁸ Т. В. Церетели. Деликты создания опасности. «Советское государство и право», № 8, 1970, стр. 61.

ЗАМЕЧЕННЫЕ СУЩЕСТВЕННЫЕ ОПЕЧАТКИ

стр.	строка	напечатано	следует читать
55.	1 св.	Психологических	психических
108.	10 см.	King's	King's
112.	1 св.	пропущена строка	вещи, предотвратив вредные последствия). В. А. Туманов
117.	4—5 св.	различием	различие
121.	16 см.	Цит. статья,	Некоторые вопросы гражданско-правовой ответственности. «Вопросы советского права». Учен. зап. ЛГУ, Л., 1953,
129.	18 св.	являться	является
157.	10 см.	пендектисты	пандектисты
159.	26 св.	полнения, в том числе и против указанных выше,	лишь за объективной невозможностью не научно.
168.	1 св.	отменных	отмеченных
181.	2 см.	отрые	отрыве
186.	20 св.	психологический	психический
193.	2 см.	и причинной	и необходимой причинной
205.	8 см.	спасения	спасания
208.	1 св.	от случаев ответственности	от случаев не ответственности
222.	15 св.	взыскиванию	изыскиванию